



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Rebeca Godoi de Medeiros Satyro

OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE ESTABELECIDOS
PELA LEI Nº 11.343/06: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS SOCIAIS CAUSADOS PELA
POLÍTICA PROIBICIONISTA

Brasília – DF
2016



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE ESTABELECIDOS
PELA LEI Nº 11.343/06: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS SOCIAIS CAUSADOS PELA
POLÍTICA PROIBICIONISTA

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.
Orientadora: Professora Doutora
Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende

Brasília – DF
2016

Rebeca Godoi de Medeiros Satyro

OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE ESTABELECIDOS
PELA LEI Nº 11.343/06: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS SOCIAIS CAUSADOS PELA
POLÍTICA PROIBICIONISTA

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharela em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.
Orientadora: Professora Doutora
Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende

Brasília, 2 de dezembro de 2016.

Banca Examinadora:

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Professora orientadora

Professora Doutora Cristina Maria Zackseski
Membro da banca examinadora

Professora Mestranda Gisela Aguiar Wanderley
Membro da banca examinadora

Professor Doutorando Welliton Caixeta Maciel
Membro suplente da banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por ter me capacitado a concluir a graduação, mesmo com tantos percalços pelo caminho. Agradeço à minha família, especialmente minha mãezinha, Vilzia, que sempre acreditou tanto em mim, mesmo quando nem eu mesma acreditava; ao meu marido, Ernani, que me deu apoio e me auxiliou neste trabalho, sempre sendo tão compreensivo e paciente; aos meus primos, André e Lucas, que com tanto carinho se dispuseram a me ajudar quando precisei.

Agradeço à professora Beatriz por aceitar meu pedido de orientação e sempre me receber tão bem em sua casa.

E a todos que direta ou indiretamente participaram da minha vida acadêmica, muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho visa a discutir os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06, sob a ótica do garantismo penal. A evolução histórica da legislação de drogas também será relatada como forma de tentar compreender o sistema atual. Além do estudo doutrinário e jurisprudencial, apresentar-se-á uma análise de processos recolhidos nas Varas de entorpecentes do Distrito Federal, com o intuito de examinar como os magistrados de primeira instância fundamentam suas sentenças condenatórias e de mostrar como a problemática existente em torno da ausência de parâmetros objetivos para a tipificação das condutas de tráfico e uso de drogas reflete na realidade social.

Palavras-chave: Proibicionismo. Tráfico de drogas. Critérios. Segurança Jurídica. Isonomia.

ABSTRACT

The present work wishes to discuss the distinction criteria between drug user and drug dealer established by the Law nº 11.343/2006, through the perspective of penal garantism. The historical evolution of drug legislation will also be presented as a way to try to comprehend the actual system. For beyond the doctrinaire and jurisprudential study it will present an analysis of processes collected in trial courts specialized in narcotics in Federal District – Brazil with the purpose to analyse how the trial courts magistrates base their condemnatory sentences and expose how the existing problems within the absence of objective parameters for the typification of traffic and drug use conducts reflects on social reality.

Keywords: Prohibitionism. Drug traffic. Criteria. Juridical Security. Isonomy. Incarceration

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Crimes de uso e tráfico de drogas — o histórico da política proibicionista	10
1.1 Os Tratados Internacionais	10
1.2 A legislação brasileira	12
1.3 Fundamentos do proibicionismo: a saúde pública como objeto simbólico de proteção do direito penal	17
2. A ausência de um critério legal objetivo de distinção entre usuário e traficante e a consequente insuficiência do debate jurídico para solucionar as questões de ordem prática	20
2.1 A imprecisão dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.343/06	20
2.1.1 A natureza e a quantidade da droga	22
2.1.2 Local e as circunstâncias em que se desenvolveu a ação	23
2.1.3 Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente	23
2.2 A discricionariedade conferida ao juiz pela Lei nº 11.343/06 e a consequente insegurança jurídica	25
2.3 Análise doutrinária sobre os critérios de tipificação das condutas de tráfico e uso de drogas	28
2.4 Abordagem policial: a construção da condição de suspeito a partir da influência da política proibicionista de combate às drogas	30
2.5 O encarceramento em massa: estatísticas da população carcerária brasileira submetida à prisão por cometimento de tráfico de drogas	33
2.6 Debate no Supremo Tribunal Federal a respeito da descriminalização da conduta de porte para uso próprio – análise dos votos no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP	38
2.6.1 – Alegações das partes	38
2.6.2 – Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes	38
2.6.3 – O voto do ministro Luís Roberto Barroso (voto oral)	42
2.6.4 – O voto do Ministro Luiz Edson Fachin	43

3. A problemática (da) lei de drogas: estudo dos casos recolhidos em Brasília/DF	46
3.1 1ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal	47
3.2 2ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal	51
3.3 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal	52
Conclusão	58
Referências Bibliográficas	61

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a política criminal de drogas tem assumido papel significativo no controle punitivo. Em razão disso, o presente estudo tem como objetivo explicitar como a Lei nº 11.343/06 tem facilitado a intensificação da estrutura repressiva, sendo que a principal problemática abordada se encontra na ausência de critérios objetivos de diferenciação entre os tipos penais de tráfico de drogas e porte para uso de drogas.

Para isso, abordar a evolução histórica da legislação de drogas mostra-se relevante para a compreensão de como se desenvolveu a criminalidade do tráfico de drogas no Brasil, bem como para entender o que está por trás do discurso oficial dos órgãos de controle.

Por meio de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e da materialização dessa problemática nas decisões judiciais prolatadas pelas Varas de Entorpecentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, desenvolver-se-á um estudo em torno dos (falhos) critérios estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da atual Lei de Drogas para orientar o aplicador do direito na distinção entre usuário e traficante e de algumas das consequências advindas da subjetividade conferida a esses critérios, tais como, a heterogeneidade das decisões judiciais (para casos semelhantes, decisões diferentes) e consequente insegurança jurídica, preconceitos de raça e classe nas abordagens policiais e o encarceramento em massa.

Sendo assim, no primeiro capítulo far-se-á uma abordagem histórica da legislação antidrogas no âmbito internacional e no Brasil, de modo a relatar a evolução dos tratados internacionais e a legislação brasileira, a fim de compreender como o modelo proibicionista foi implementado.

No segundo capítulo, serão estudados os parâmetros utilizados pelo legislador no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 para diferenciar um usuário de um traficante, sob o enfoque crítico que o impacto do proibicionismo acarreta no sistema penal. Aqui também serão relatados os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no RE nº 635.659/SP (que está julgando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06), com o intuito de mostrar que parte dos argumentos que ensejam a inconstitucionalidade da criminalização da conduta de porte para consumo pessoal tem como embasamento a problemática abordada no presente trabalho.

No terceiro capítulo, será feita uma análise de casos colhidos na pesquisa de responsabilidade Professor Evandro C. Piza Duarte, aprovada pelo Edital no 01/2012 do

projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”, que tramitaram nas Varas de Brasília. Por meio da análise das sentenças condenatórias, pretende-se demonstrar como a falta de objetividade nos critérios de distinção entre os tipos penais de tráfico e uso tem permitido a arbitrariedade por parte dos magistrados.

O esforço empreendido neste trabalho de conclusão de curso tem como objetivo abrir espaço para o desenvolvimento de um olhar crítico em relação ao proibicionismo exacerbado.

1. Crimes de uso e tráfico de drogas — o histórico da política proibicionista

1.1 Os Tratados Internacionais

O conflito envolvendo uso e tráfico de drogas no Brasil não é hodierno. A política proibicionista vigora tanto em nível nacional quanto internacional, desde o início do século XX. Há relatos de que a primeira ação no âmbito internacional de controle e combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes ocorreu em 1909, na Conferência de Xangai, que reuniu os representantes de treze países com o objetivo de limitar a produção e o comércio do ópio e seus derivados, de modo a permitir seu uso apenas para fins medicinais (vale ressaltar que essa ideia foi proposta pelos Estados Unidos). Contudo, o acordo não logrou êxito (RODRIGUES, 2006).

Essa Conferência inspirou a Primeira Convenção Internacional do Ópio (em 1912) que, mais uma vez influenciada pela política proibicionista estadunidense, resultou na criação de uma medida que limitava a venda e a produção de ópio, opiáceos (conhecidos como morfina) e cocaína, permitindo a utilização dessas substâncias somente para fins terapêuticos (RODRIGUES, 2006).

A Segunda Convenção Internacional do Ópio, assinada em 1925, implementou o primeiro sistema de monitoramento internacional de drogas, de modo que os países foram submetidos à responsabilidade de fornecer dados estatísticos anuais sobre consumo e produção de drogas à *Permanent Central Opium Board*¹ (RODRIGUES, 2006).

Em 1931, foi criada a Primeira Convenção de Genebra, que restringiu mais ainda a fabricação de drogas para fins medicinais e científicos, limitando a fabricação dos narcóticos, bem como regulamentando sua distribuição (RODRIGUES, 2006).

Em 1936, foi elaborada a Segunda Convenção de Genebra, destinada a incentivar os países signatários a tomar medidas que punissem efetivamente os traficantes e facilitassem sua extradição (RODRIGUES, 2006).

No contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas, foram assinados três protocolos que vigoram ainda hoje (Protocolo de Genebra de 1946, Protocolo de Paris e o Protocolo para limitação e regulação do cultivo da papoula, da produção e das trocas internacionais e do uso do ópio de 1953).

¹ Permanent Central Opium Board: Conselho composto por oito pessoas, cujo objetivo era avaliar as estatísticas relativas à produção, fabricação, importação e exportação de matérias-primas abrangidas pela Convenção.

Em 1961, a ONU instituiu a Convenção Única sobre Entorpecentes, que previa a incorporação de medidas ali estabelecidas na legislação dos Estados integrantes. Além disso, instituiu um amplo sistema internacional de controle, monitorando a distribuição, produção e comércio de drogas e proibindo o fumo/ingestão do ópio, a mera mastigação da folha de coca e o uso não medicinal da maconha. A partir daqui, inicia-se o controle radical de drogas no âmbito internacional, com a atuação de agências norte-americanas, que eram legitimadas a reprimir a conduta, por meio da atividade policial (RODRIGUES, 2006).

Em 1972, a referida Convenção foi emendada por um Protocolo, cujo teor ressaltava a necessidade de se providenciar tratamentos para reabilitação de viciados, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade. Importante ressaltar que países que têm adotado uma política menos repressora no tocante ao usuário têm como referência este Protocolo (RODRIGUES, 2006).

A Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1972 acrescentou as drogas psicotrópicas à lista de substâncias proibidas, haja vista que até então, apenas substâncias narcóticas, cocaína e cannabis eram submetidas ao controle internacional. Posteriormente, em 1976, ano em que a convenção efetivamente entrou em vigor, outras substâncias, como LSD, anfetaminas e estimulantes, sedativos, hipnóticos e tranquilizantes também passaram a ser controladas (RODRIGUES, 2006).

O auge do sistema internacional de controle ocorreu com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, ainda em vigor. Nesse tratado, as partes se comprometiam a adotar medidas necessárias para implantar em seu direito interno a tipificação de condutas tidas pela convenção como infrações penais (como a produção, o fabrico, a extração, a preparação, a oferta, a comercialização, a distribuição o transporte de substâncias entorpecentes²), o que assegurou a uniformização das definições de tráfico de drogas. Além disso, prevê como sanções penas privativas de liberdade, multas e perda de bens³. Outrossim, a referida convenção ampliou as hipóteses de extradição⁴, implementou formas de cooperação internacional⁵, bem como o confisco de ativos financeiros dos traficantes⁶. O Acordo Internacional também tinha como meta a erradicação do cultivo de plantas narcóticas e aumento da repressão contra produção

2 Art. 3º, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

3 Art. 3º, *idem*.

4 Art. 7º, *idem*.

5 Art. 9º, *idem*.

6 Art. 5º, *idem*.

ilícita de entorpecentes (RODRIGUES, 2006), e para isso, propôs o monitoramento e controle de substâncias químicas utilizadas no preparo de drogas. A Convenção prevê também a proibição e apreensão de máquinas e materiais destinados à fabricação de entorpecentes e psicotrópicos, bem como a punição da mera participação no crime de tráfico (associação, tentativa, assistência).

Outro componente importante dessa Convenção foi o estabelecimento da *controlled delivery* (“ação controlada”). Trata-se de uma técnica investigativa que permite o retardamento da interdição policial para que se possa acompanhar o funcionamento das organizações criminosas, com o intuito de prender todos os envolvidos, bem como capturar os chefes das quadrilhas (RODRIGUES, 2006). Esse instituto está previsto, inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 12.850/2013 – lei de organizações criminosas e na Lei nº 11.343/06, art. 53, inciso II) como método de obtenção de prova.

Importante consignar que o Tratado impunha às partes a adoção de medidas necessárias para tipificar como infração penal no respectivo direito interno a aquisição e cultivo de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal⁷.

1.2 A legislação brasileira

A primeira regulamentação relevante sobre controle de determinadas substâncias ocorreu no primeiro Código Penal Republicano, de 1890, que em seu artigo 159, previa punição de multa para aquele que praticasse a conduta de “Expôr a venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios”.

Em meados de 1914, o então presidente Wenceslau Braz, por meio do Decreto nº 2.861 de 8 de julho de 1914, sancionou a Resolução do Congresso Nacional, que aprovava medidas tendentes a impedir os abusos crescentes do ópio, da morfina e seus derivados⁸. Posteriormente, Wenceslau promulgou a Convenção Internacional do Ópio, através do Decreto nº 11.481 de fevereiro de 1915.

O Decreto nº 4.294/1921, com ideias mais repressivas, estabeleceu a pena de multa para quem vendia, expunha à venda ou ministrava substâncias venenosas, estabelecendo

7 Art. 3º, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

8 <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html>. Acesso em 2/08/2016.

também pena de reclusão, se essas substâncias fossem entorpecentes⁹. Além disso, previa a internação compulsória de usuários de drogas, bem como de embriagados.

Com a Consolidação das Leis Penais em 1932, a matéria é revista, modificando o *caput* do art. 159 do Código Penal, sendo-lhe acrescentado 12 parágrafos. Com relação à sanção, além da pena de multa, o dispositivo prevê também a prisão celular¹⁰. Salo de Carvalho ressalta que essa alteração propiciou a “[...] densificação e complexidade das condutas contra a saúde pública.” (CARVALHO, 2013, p. 59)

O primeiro grande impulso no combate às drogas ocorreu com os Decretos 780/36 e 2.953/38. Nesses decretos foi aumentada a quantidade de verbos núcleos das incriminações, o termo “substância venosa” foi substituído por “substância entorpecente”, passou-se a prever a pena carcerária como sanção (CARVALHO, 2013).

O Decreto-Lei nº 891 de 1938 aprova a lei de fiscalização de entorpecentes, estabelece um rol de substâncias a serem consideradas entorpecentes e traz normas relativas a sua produção e consumo. Este Decreto representa o ingresso do Brasil no modelo internacional de controle, uma vez que fora elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936.

A partir da década de 1940, o tratamento repressivo às condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas fica cada vez mais intenso. Aqui surge a “política proibicionista sistematizada” (CARVALHO, 2013, p. 59). O Código Penal de 1940 (publicado pelo Decreto-Lei 2.848/40) traz a recodificação da matéria, incriminando a conduta do “comércio clandestino e de facilitação de uso de entorpecentes”. Segundo Salo de Carvalho, “a característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada” (2013, p. 60). Contudo, a partir dos Decretos nº 4720/42 e nº 4451/64 que iniciaram o controle criminal

9 Art. 1º Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:
 Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000.
 Paragrapho unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaína e seus derivados:
 Pena: prisão celular por um a quatro annos.
 Art. 10. Fica o Poder Executivo autorizado a regulamentar a entrada no paiz das substancias toxicas a que se refere o art. 1º, paragrapho unico, desta lei, podendo estabelecer penalidades até quatro annos de prisão celular, além das fiscaes.

10 Prisão celular, segundo o art. 45 do CP de 1980, caracterizava-se pelo isolamento celular, com obrigação de trabalho a ser cumprida em estabelecimento especial.

sobre o cultivo e plantio de entorpecentes, respectivamente, inicia-se um processo de descodificação em relação à matéria de entorpecentes, o que gera “[...] consequências drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídica penal).” (CARVALHO, 2013, p. 61)

Em 1964, no contexto da Ditadura Militar, marcado pelo autoritarismo, pela supressão de direitos fundamentais e consequente perturbação social, o consumo de drogas estava associado à luta pela liberdade e pela democracia. Assim, associava-se a figura do usuário ao do rebelde, delinquente, concepção, esta, que formou a “[...] aura adjetiva de má conduta social.” (REALE JR *et al*, 2005, p.31), que prevalece até hoje. Sobre o tema, pondera Rosa del Olmo: “el fenómeno se percibía en términos de peligrosidad, patologia y vicio por lo cual el consumidor era visto como un ‘degenerado’.” (OLMO, 2004, p.123) A partir daqui, a formação de um estereótipo moral do usuário potencializa e legitima leis penais mais repressivas.

O Brasil só entra definitivamente no cenário internacional de combate às drogas após a instauração da Ditadura Militar, com a promulgação da Convenção Única de Entorpecentes, por meio do Decreto 54.216/64 (CARVALHO, 2013).

O Decreto-Lei nº 385/68 altera o art. 281, do Código Penal vigente à época, igualando o tratamento penal do usuário e do traficante¹¹ e prevendo a pena de 1 a 5 anos de reclusão. Posteriormente, com o advento da Lei nº 5726/71, houve a descodificação do crime. A referida lei aumentou a pena máxima para 6 anos de reclusão, mantendo a não diferenciação entre a punição do usuário e do traficante, prevendo, contudo, medida de internação e tratamento psiquiátrico para aqueles que, em razão do vício, não tinham a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹² Com efeito, “[...] o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia a faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 01 a 06 anos.” (CARVALHO, 2013, p. 67)

Em 1973, o Brasil aprovou o Acordo Sul-americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP) através do Decreto Legislativo nº 78, que inspirou a edição da Lei nº

11 Art. 281, § 1º: Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica).

12 Art. 10, da Lei 5.726/71: Quando o juiz absolver o agente, reconhecendo que, em razão do vício, não possui este a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário a sua recuperação.

6.368/76. A diferenciação entre a punição do usuário e do traficante veio somente com esta lei, que previa a sanção da conduta do usuário de drogas, com pena privativa de liberdade e multa (detenção de 6 meses a 2 anos). Já para o traficante, estabelecia uma pena mínima de 3 anos e máxima de 15 anos, além de multa.

Outro aspecto importante a se destacar da Lei nº 6.368/76 diz respeito à previsão da possibilidade de a autoridade policial classificar a conduta do agente. O parágrafo único do art. 37 previa que “a autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando, concretamente, as circunstâncias referidas nesse artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz.” Não obstante a imputação inicial feita pela autoridade policial não vincular o magistrado ou o membro do Ministério Público, nota-se que a aplicação desse dispositivo legal corroborava com o modelo de responsabilidade penal objetiva e de tendência inquisitória, afinal o juiz ficava enclausurado ao juízo feito pelo policial na fase de inquérito (CARVALHO, 2013).

O período de transição entre a ditadura militar e o regime democrático (anos 1980 e meados dos anos 1990) foi marcado por insegurança política e crise econômica, cenário que desencadeou não só o aumento da violência como também o medo dela (ROCHA, 2013). Consequência direta disso foi o aumento da repressão ao crime, não só na atuação policial, como também no próprio ordenamento jurídico, como se pode verificar na própria Constituição de 1988 que em seu art. 5º, inciso XLIII impõe que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins. O constituinte também criou a categoria de crimes hediondos, que foi, posteriormente, regulada pela Lei nº 8.072/90. Essa lei intensificou a repressão contra o de tráfico de drogas ao estabelecer a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado aos agentes que cometessem crimes hediondos¹³.

A atual lei de drogas (Lei nº 11.343/06) teve início com o Projeto governamental nº 6.108/02 e com o Projeto de Lei nº 7.134/02 da Câmara dos Deputados e posteriormente, a redação definitiva se consolidou com o Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002. Nela, a conduta do usuário ainda é tida como crime, todavia, não há mais sanção com pena privativa

13 Em 23/02/2006, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, que previa a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado à pena cumprida em razão de cometimento de crime hediondo.

de liberdade, ao revés, o infrator é submetido a advertência, prestação de serviço à comunidade e medidas de caráter educativo.

Todavia, a mudança da lei implicou também o aumento da pena mínima cominada ao crime de tráfico de drogas, que passou de 3 para 5 anos. Essa alteração tinha como principal objetivo coibir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (SHECAIRA, 2014).

A Lei nº 11.343/06 ainda trouxe a incerteza sobre o enquadramento da conduta do usuário e do traficante, ao demarcar critérios de tipificação (quantidade de droga, local e condições do crime, circunstâncias pessoais e sociais, antecedentes) que deixam o aplicador do direito sem um padrão conceitual objetivo.

Na lição de Sérgio Salomão:

A ausência de critério objetivo previsto em lei capaz de reduzir a larga margem de discricionariedade que caracteriza a classificação jurídica da conduta de alguém flagrado na posse de drogas ilegais confere aos operadores do direito, em especial os juízes, uma larga margem de discricionariedade, que se resolve no mais das vezes pelo critério censitário.

Essa ausência de critério objetivo transforma os mais pobres em traficantes potenciais ao passo que os mais ricos tendem a ser enquadrados como usuários (2014, p. 50).

Observa-se, ainda, que esses critérios estabelecidos pelo art. 28, § 2º acaba por reproduzir a mesma lógica no parágrafo único, do art. 37, da Lei nº 6.368/76, afinal, nos crimes envolvendo tráfico ou porte de substâncias entorpecentes, geralmente, a única testemunha é a autoridade policial.

Verifica-se, pois, que o empenho em combater o tráfico ilícito de entorpecentes tornou-se cada vez maior. Esse combate tomou toda essa dimensão em razão do desenvolvimento da chamada sociedade de riscos. A sociedade de riscos é um conceito advindo de um estudo sociológico desenvolvido por Beck, segundo o qual a produção social de riquezas na sociedade atual está associado sistematicamente a uma produção social de riscos, de modo que os riscos devem ter tutela antecipada do Direito Penal para evitar possíveis danos (BECK apud REALE JR *et al*, 2005, p. 30 e 31).

A manipulação em torno da sociologia do risco constrói a falsa ideia de que o Direito Penal pode restabelecer a segurança. Segundo Salo de Carvalho (2003, p. 207), “a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o Direito Penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento dos limites”.

Contudo, a política proibicionista falhou, e, ao invés vez de diminuir a incidência do crime, causou graves danos à sociedade, dentre os quais podemos citar o aumento da violência e o encarceramento em massa.

1.3 Fundamentos do proibicionismo: a saúde pública como objeto simbólico de proteção do direito penal.

Em outros tempos, era comum que comportamentos vinculados à religião, moral e costumes fossem objetos de tutela do direito penal (ROXIN, ARZT e TIEDEMANN, 2007). No caso da política de combate às drogas, ainda se observa a existência de um fundamento moral por trás do modelo proibicionista. Somado à moralidade, tem-se também o fundamento sanitário-social, ou seja, o discurso de proteção à saúde pública, o que não faz muito sentido, uma vez que a

“[...] distinção entre drogas lícitas e ilícitas deu-se por conveniência política, sem que houvesse conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada, ou mesmo sem que se tivesse proposto ou experimentado nenhum outro modelo intermediário, ou menos repressivo.” (RODRIGUES, 2006, p.46)

É cediço que “O direito penal moderno não deve mais se vincular à imoralidade de um comportamento, mas sim a sua nocividade social.” (ROXIN, ARZT e TIEDEMANN, 2007, p. 6), todavia, o catecismo das igrejas anglicanas é visto como uma das maiores inspirações para os principais sistemas proibicionistas (RODRIGUES, 2006). O ideal de virtude da moral protestante do século XIX estava na abstinência e propunha um protótipo de cidadão: “religioso, abstêmio, sem vícios e que vive tranquilamente em sociedade.” (RODRIGUES, 2006, p. 47). Não é à toa que as campanhas de Lei e Ordem da década de 60 surgem para salvaguardar os princípios morais, éticos e cristãos da sociedade Ocidental (CARVALHO, 2013).

Não obstante a existência desse aspecto moral por trás da política proibicionista, a doutrina e a jurisprudência justificam o proibicionismo sob o argumento de que a norma incriminadora tutela o bem jurídico saúde pública.

Guilherme de Souza Nucci (2015) e Damásio de Jesus (2010) afirmam que tanto no crime de tráfico quanto no crime de porte para uso próprio, o objeto jurídico tutelado é a saúde pública.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, sob o fundamento de proteção à saúde pública, justifica a inaplicabilidade do princípio da insignificância no crime de porte para consumo próprio. Segundo a Ministra Maria Thereza de Assis Moura,

Em se tratando do crime de posse de entorpecente para uso próprio, esta Corte firmou entendimento no sentido de que não se aplica ao delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 o princípio da insignificância, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública e, tratando-se de delito de perigo abstrato, afigura-se irrelevante a quantidade de droga apreendida.¹⁴

A proibição por meio do encarceramento é vista por boa parte dos aplicadores do direito como a única opção para se lidar com a nocividade da droga, como se os usuários e dependentes fossem mudar os hábitos por receio se serem presos ou apenas por saberem o caráter ilícito das substâncias (RODRIGUES, 2006). Todavia, estudos demonstram que o consumo de drogas está ligado a um conjunto de fatores e que a criminalização do uso quase não influencia na decisão de consumir o entorpecente¹⁵. E por mais que a haja outros meios alternativos e mais adequados aos fins propostos (como as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, previstas no art. 28, inciso I, II e III, da Lei 11.343/06), a política repressiva insiste em ignorá-los.

Sobre o tema, Beatriz Vargas afirma que “Parte-se da premissa abertamente antiproibicionista de que a intervenção criminalizadora é um fracasso no tocante à meta declarada de proteção à saúde pública. Aqui reside ‘a ilusão’ criada pela propaganda proibicionista, com sua promessa de segurança contra o mal da droga.” (REZENDE, 2011, p.1)

Salo de Carvalho (2013) afirma que a base da ideologia proibicionista no Brasil se sustenta pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN). Enquanto o MLO justificava a pena como castigo e retribuição, a ISN tem seu controle social baseado na eliminação do crime por meio de coação direta das agências repressivas, ao passo que a IDS possui a ideia de intervenção punitiva racional e científica, legitimando o sistema repressivo a partir de seu

14 STJ- AgRg no REsp 1576825 / RS. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA j. 08/03/2016.

15 Estudo publicado pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência – EMCCDA. *Anual Report in the state of the drugs problem in Europe*, 2011.

caráter universalista e histórico. O MDS (Movimento de Defesa Social), apesar de estar baseado em pressuposto similar ao IDS, é pautado no conceito de ressocialização da pena.

É inequívoco o caráter simbólico¹⁶ das justificativas do proibicionismo, seja porque não atinge o objetivo traçado pela política repressiva, seja porque desvia a atenção dos problemas econômicos e sociais, que são as verdadeiras causas do aumento da violência e da criminalidade.

16 Importante ressaltar, nesse contexto, o conceito de poder simbólico estabelecido por Bourdieu: “[...] poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkeim chama de conformismo lógico, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências.” (BOURDIEU, 1989, p. 9)

2. A ausência de um critério legal objetivo de distinção entre usuário e traficante e a consequente insuficiência do debate jurídico para solucionar as questões de ordem prática.

2.1 A imprecisão dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.343/06.

O artigo 28, § 2º da Lei nº 11.343/06 preceitua que:

Art. 28 - Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Os verbos núcleos dos tipos penais descritos no artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e no artigo 33, *caput*, do mesmo diploma legal estão correlacionados. “O diferencial entre as condutas é que será o fator que deflagará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundos as elementares subjetivas do art. 28.” (CARVALHO, 2013, p. 317). Isto é, o tipo penal do artigo 28 exige a vontade específica de agir para consumo próprio.

O juiz, então, atento às circunstâncias delineadas no dispositivo supramencionado, tenta enquadrar a conduta do agente em tráfico ou em uso de entorpecentes. Ocorre que esses fatores podem dar indícios da conduta delituosa, mas nunca darão certeza, afinal, são elementos objetivos do tipo, sendo, pois, insuficientes para a apuração do *animus* do agente. De acordo com Salo de Carvalho, as definições contidas no § 2º, do art. 28:

[...] acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios objetivos de forma a induzir a esfera subjetiva do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizam os elementos objetivos (circunstâncias, tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo (CARVALHO, 2013, p.329).

A imprecisão desses critérios aliada à propaganda política-criminal repressiva acaba por imputar o crime de tráfico à maioria dos suspeitos, gerando situações não muito diferentes daquelas previstas em leis anteriores que puniam com o mesmo rigor o crime de tráfico e o de porte para consumo pessoal (CARVALHO, 2013).

Com efeito, normas vagas, como a que estabelece os critérios de distinção entre o usuário e o traficante, alimentam as engrenagens repressivas no judiciário e acabam por inverter os postulados legitimadores do próprio Estado de Direito, na medida que o infrator termina sendo punido apenas por sua condição de perigoso ou daninho para sociedade. Sobre o tema, destaca Zaffaroni que:

O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de Direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso lega necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites [...]. (ZAFFARONI, 2007, p. 25)

A discussão relativa a essa zona cinzenta existente entre o crime de tráfico e porte para consumo pessoal torna-se mais relevante ainda quando notamos que são condutas que ocupam polos extremamente opostos: de um lado tem-se um crime hediondo e de outro um crime de menor potencial ofensivo.

Por esse motivo, a dificuldade de enquadramento da conduta do agente delituoso reflete não só nos aspectos de direito material como de direito processual, podendo tolher a suspensão condicional do processo, bem como todos os benefícios proporcionados aos crimes submetidos à competência dos Juizados Especiais para aquele que indevidamente for condenado por tráfico.

Em que pese a fragilidade de aplicação dos critérios previstos no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, na prática, eles são os verdadeiros fatores determinantes para a classificação do delito. Expor-se-á a seguir as principais controvérsias existentes em cada preceito estipulado pelo referido dispositivo legal.

2.1.1 A natureza e a quantidade da droga

Relativamente à quantidade e natureza da droga, o que se nota das decisões judiciais é que quanto maior a quantidade de droga e quanto maior sua nocividade, maior a probabilidade de o acusado ser condenado ao tráfico de drogas. Contudo, a possibilidade de um usuário trazer consigo ou ter em depósito uma quantidade de droga relativamente significativa é completamente descartada pelo aplicador do direito.

Não se pode excluir, por exemplo, a hipótese de o usuário considerar o ambiente de aquisição da droga perigoso para si, já que ele sabe que poderá responder judicialmente por sua conduta. Dessa forma, quanto menos frequentar os pontos de tráfico, menor será a chance de ser pego, o que leva à conclusão de que o ele pode estocar uma quantidade significativa de entorpecente para seu consumo pessoal, simplesmente por receio de ficar voltando ao lugar em que ele pode ser apreendido e eventualmente punido.

Por outro lado, é impossível estipular uma porção que certamente será exclusiva para consumo, pois uma pequena porção de droga não garante necessariamente que ela não seria passada adiante. Para Mendonça e Carvalho, a pequena quantidade de droga nem sempre indica tratar-se de um usuário, “[...] pois é cada vez mais comum traficantes deambularem com apenas pequenas quantidades de droga, escondendo a droga em outros locais.” (CARVALHO; MENDONÇA, 2012, p. 56)

Estabelecer um padrão conceitual de pequena quantidade de droga não é uma tarefa fácil e, por isso, tal circunstância não pode ser vista como um critério isolado e determinante na tipificação. O ideal é que essa questão atrelada a outras provas/relatos dos autos indiquem, em conjunto, qual a conduta que melhor se encaixa ao caso concreto.

Contextualmente, Sérgio Ricardo de Souza pondera que “[...] a quantidade ou a natureza, isoladamente, não são suficientes para caracterizar o destino da droga [...]”. (SOUZA, 2015, p.46)

Há quem defenda a necessidade de se estabelecer um critério objetivo de distinção entre usuário e traficante fundado no peso e na natureza da droga apreendida, de modo que o acusado encontrado com mais de “x” gramas de drogas deveria ser condenado por tráfico, enquanto que aquele encontrado com menos de “x” gramas seria considerado usuário. Apesar de tais dados serem insuficientes para comprovar aspectos referentes ao dolo do agente, a solução mostra-se a mais adequada, pois reduziria a discricionariedade não só do magistrado na condenação, como também dos policiais no momento das abordagens.

2.1.2 Local e as circunstâncias em que se desenvolveu a ação

O local de apreensão do agente é visto como outra circunstância apta a auxiliar na descoberta da destinação da droga. Sérgio Ricardo afirma que:

“O local onde ocorreu a apreensão pode ajudar a evidenciar a destinação da substância, tal qual ocorre quando a droga é apreendida na casa do agente, ou mesmo em seu bolso ou em sua carteira, durante um show, sendo ainda em pequena quantidade e de natureza compatível com as necessidades do usuário”(SOUZA, 2015, p.47)

Contudo, o senso comum punitivo e os vícios advindos da retórica jurídica levam a concluir que a droga apreendida em uma boca de fumo necessariamente é destinada ao tráfico. O parâmetro, então, mostra-se ineficiente, pois os pontos de tráfico também são frequentados por usuários, o que torna esse critério da localidade completamente impreciso.

Corrobora com esse entendimento Beatriz Vargas, quando afirma que “[...] a questão é que estes mesmos locais são também frequentados por usuários – o que torna problemática uma conclusão generalizada no sentido do tráfico.” (REZENDE, 2011, p. 71 e 72)

Não há dúvidas de que somente uma análise conjunta de vários elementos poderia efetivamente dar indícios mais palpáveis da destinação do entorpecente, mas, mesmo assim, não levaria à certeza sobre a mercancia.

2.1.3 Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente

No que tange às “circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente”, tem-se o legislador mais uma vez incorreu em erro em estabelecer tal critério como fator determinante na tipificação da conduta, haja vista que o passado criminal do agente não deveria vincular uma hipótese de condenação futura, sob pena de reforçar a inconstitucional presunção de culpabilidade.

Nesse sentido, destaca Samuel Miranda Arruda:

Cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente. Como se pode justificar que uma mesma conduta, se praticada por Pedro, já condenada por tráfico, seja enquadrada no tipo penal do artigo 33, enquanto a Paulo, primário e de bons antecedentes, imputa-se o delito associado ao uso? Cremos mesmo ser de constitucionalidade duvidosa essa disposição. O legislador erigiu aí verdadeira

presunção de culpabilidade em nada compatível com o princípio inverso, da presunção de inocência (ARRUDA, 2007, p. 31 e 32).

Ademais, muitas vezes a compreensão do juiz acerca das condições sociais/antecedentes do agente é limitada ao senso comum e influenciada por considerações morais que partem da premissa de que o réu reincidente ou que não possui bom relacionamento com os familiares, por exemplo, necessariamente se dedica a atividade criminosa, e, portanto, merece ser punido com mais rigor. São considerações feitas a respeito do comportamento humano que não possuem nenhuma base científica e nem sequer são submetidas a análise de um profissional adequado, que através de um exame psicológico aprimorado poderia emitir de maneira mais legítima um parecer sobre a personalidade do agente.

Tem-se, ainda, a ideia de que todo e qualquer desvio de comportamento deve ser rigorosamente reprimido, sob o argumento de que quem comete um pequeno delito hoje, amanhã cometerá crimes mais graves. Trata-se de um discurso americano que surgiu a partir da *broken windows theory*, mas que nunca foi comprovado empiricamente. (LOPES JR, 2012)

Segundo Zaffaroni (apud REZENDE, 2011, p. 115),

‘As penas mais graves diminuem o número de delitos’. ‘Punindo os ladrões tutela-se a propriedade’. ‘Os loucos são perigosos’. O reincidente é mais perigoso que o primário’. ‘A pena dissuade’. ‘A execução penal ressocializa’. ‘Todos são iguais perante a lei’. ‘O legislador é o único que estabelece penas’. ‘A intervenção punitiva tem efeito preventivo’. ‘A prisão preventiva não é uma pena’. ‘Se se tipifica uma conduta, sua frequência diminui’. ‘O consumidor de drogas proibidas converte-se em delinquente’. ‘Todo consumidor de tóxicos é um traficante em potencial’. ‘A impunidade é a causa da violência’. ‘A pena estabiliza o direito’. Todas estas assertivas a respeito da realidade do comportamento humano não estão submetidas a verificação, mas costuma-se considerá-las verdadeiras no direito penal sem esse requisito elementar de relativa certeza científica, não como mero complemento periférico do discurso, mas como próprio fundamento deste.

A despeito de todo esse debate acerca da insuficiência dos critérios delimitados pelo legislador para o enquadramento da conduta do acusado nos crimes em questão, vê-se ainda que as causas determinantes para a tipificação da conduta estão no auto de apreensão em flagrante, o que nos leva a crer que, no fim das contas, quem determina qual crime o réu será condenado é a autoridade policial, pois esta, geralmente, é a única testemunha¹⁷.

17 A pesquisa “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” demonstra que em 74% dos casos estudados, as únicas testemunhas eram os policiais que realizaram o flagrante (JESUS *et al*, 2011).

Essa problemática está associada a uma questão de ordem social que também envolve a seletividade na abordagem policial, assunto que será objeto de outro tópico, mais adiante.

2.2 A discricionariedade conferida ao juiz pela Lei nº 11.343/06 e a consequente insegurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica está previsto no ordenamento jurídico brasileiro e encontra respaldo no art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos XXXVI, XXXIX e XL, dispositivos que tutelam o princípio da legalidade, da inviolabilidade ao direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito. Ele é o responsável por garantir estabilidade, a continuidade da ordem jurídica e a previsibilidade das consequências jurídicas da aplicação de determinada norma, sendo, então, imprescindível para a conformação de um Estado de Direito (MARINONI, 2010)

No âmbito do Direito Penal, Marco Aurélio de Souza da Silva aborda a questão da segurança jurídica da seguinte forma:

No sistema da teoria do delito, a estrutura jurídica do crime encerra as categorias fundamentais de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, permitindo demonstrar analiticamente que o crime é produzido por uma conduta (comissiva ou omissiva) típica, antijurídica e culpável. Com isso, as funções declaradas pela Dogmática Penal orientam as decisões judiciais dos operadores do Direito na direção de resultados calculáveis e previsíveis, cuja metalinguagem serve para unir o caso concreto à norma abstrata (SILVA, 2013, p. 210).

Sobre a relevância do referido princípio no sistema jurídico, Paulo Gustavo Gonet afirma que “Em verdade a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 394)

O princípio da segurança jurídica se torna mais elementar ainda quando tratamos de violação a garantias individuais que envolvem o direito de locomoção, como é o caso de uma eventual condenação penal.

Diante do contexto em que vivemos, no qual motivos de cunho cultural e político contribuem para a formação da ideia de que o tráfico de drogas deve ser reprimido mais veementemente, a estabilidade na aplicação de uma norma passa a ser relevante não só para a proteção de direitos e bens jurídicos constitucionalmente tutelados, mas também como

condição de validade do próprio direito. Aqui utiliza-se o conceito de validade jurídica em sentido estrito desenvolvido por Robert Alexy. Segundo ele, “[...] uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento.” (ALEXY, 2009, p. 104) No caso, em razão da vagueza da norma que estabelece critérios para a diferenciação do usuário e do traficante, observa-se que o órgão que passa a definir o que configura tráfico ou uso não é o Legislativo, e sim o Judiciário. Isto é, a norma em questão deixa ao arbítrio do juiz a definição de uma conduta criminosa, sendo que incumbe ao Poder Legislativo definir qualquer tipo penal.

A zona de penumbra existente no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas acaba por deixar certa margem de discricionariedade ao juiz, que, tentando manusear os critérios estabelecidos pelo referido dispositivo, cria seu próprio conceito do que é um traficante e um usuário. Os elementos normativos contidos no tipo penal que demandam um esforço interpretativo considerável para além da norma lesionam a segurança jurídica, pois “por dependerem de uma valoração – necessitariam da precisão dos elementos descritivos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 415)

A problemática surge então no momento em que uma mesma conduta, nas mesmas circunstâncias, para um juiz configura tráfico e para outro uso. Somado a isso, verifica-se que preconceitos de ordem social acabam por transformar “os mais pobres em traficantes potenciais, ao passo em que os mais ricos tendem a ser enquadrados como usuários” (SHECAIRA, 2014, p.50). Está-se diante de uma situação em que o princípio da isonomia é claramente violado. Certo é que “o controle penal das drogas ilícitas estabelece no interior do campo do direito o paradoxo de justificar a guerra ao tráfico ao custo da violação do princípio da igualdade (REZENDE, 2011, p. 2).

Sobre a importância da igualdade jurídica na aplicação da lei, Ferrajoli preceitua que:

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido.

[...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa

de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas. (FERRAJOLI, 2002, p. 31)

Além disso, a vagueza da norma permite que sobressaia a cultura do proibicionismo, auferindo legitimidade à justificativa *in dubio pro societate*, o que acarreta clara violação ao princípio da presunção de inocência.

Essas constatações mostram-se cruciais para entender a necessidade da constitucionalização de uma norma que garanta de forma clara e objetiva a distinção entre os dois tipos penais, considerando, sobretudo, a situação atual do Brasil que indica que o perfil do traficante de drogas não varia muito: jovens entre 18 e 24 anos, do sexo masculino, afrodescendentes, baixa escolaridade, sem antecedentes criminais ¹⁸. Tal circunstância vai de encontro à ideia garantista do convencionalismo penal, que, em obediência ao princípio da legalidade estrita, propõe a exclusão de qualquer convenção penal referida diretamente a pessoas, isto é, qualquer configuração ontológica, em todo o caso, extralegal (FERRAJOLI, 2002).

Não convém, portanto, haver lacunas na configuração dos tipos penais, em obediência ao princípio da legalidade e da subsunção do fato à norma.

Quando se fala em Estado Democrático de Direito é inevitável considerar que o princípio da legalidade é um dos postulados que atuam como alicerce do Direito Penal, pois atua como um importante limitador de eventual atuação desmedida do Estado. Os tipos penais devem ser claros e precisos para evitar interpretações subjetivas que desviem do objetivo que a norma incriminadora traz.

Sobre o princípio da legalidade, Guilherme de Souza Nucci destaca que “Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do poder legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.” (NUCCI, 2014, p. 20-21) Essa é, inclusive, a dicção do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina. O tipo penal, portanto, deve ser instituído por lei, e não ficar à mercê do julgador.

Especificamente em relação à tipicidade dos crimes de tráfico e uso de entorpecentes, como a única forma de diferenciação das condutas reside na comprovação da

18 Dados do Infopen de dezembro de 2014 informam que 61,67% da população carcerária brasileira é formada por negros e pardos; 30,12% são jovens entre 18 e 24 anos; pessoas analfabetas e alfabetizadas formalmente e aquelas que têm até o ensino fundamental completo representam 75,08% da população prisional.

intenção (dolo) para consumo pessoal, a abstração e generalidade do dolo, somado à imprecisão dos critérios que auxiliariam na distinção dos tipos, cria uma situação que, além de propagar o proibicionismo, cria situações incompatíveis com a ordem constitucional, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova: é transferido ao réu o dever de provar a finalidade do seu agir, enquanto a acusação é eximida do seu dever de confirmar os fatos narrados na denúncia (CARVALHO, 2013). Contudo, sabe-se que “na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade” (FERRAJOLI, 2014, p.48).

Por outro lado, mesmo que se admita a manutenção do tipo penal mais aberto, as regras de interpretação precisam ser coerentes e uniformes. Sobre o tema, importante destacar o modelo interpretativo de Dworkin intitulado *Romance em Cadeia*. Fazendo analogia de romancistas com o aplicador do direito, o autor desdobra a ideia de que na construção de apenas um único romance, todos os escritores responsáveis pela sua elaboração devem agir como se fossem um único autor:

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que os seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.

[...] a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto [...]. Se não encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido. (DWORKIN, 2014, p. 276-277)

No caso da aplicação dos critérios prescritos no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, observa-se que a atividade interpretativa deveria seguir a mesma linha de raciocínio, isto é, os aplicadores do direito deve agir como se fossem um único jurista, de forma a evitar que pessoas em mesma situação fiquem sujeitas a regimes jurídicos diversos.

2.3 A análise doutrinária sobre os critérios de tipificação das condutas de tráfico e uso de drogas.

Diante da controvérsia decorrente da ausência de um parâmetro legal objetivo para qualificação do agente como usuário ou traficante de drogas, surgem várias abordagens

doutrinárias que refletem as diversas maneiras que o aplicador do direito pode encarar esta celeuma.

Sobre o tema, Nucci (2015) levanta uma questão relevante: a prova do elemento subjetivo do crime previsto no art. 28, da Lei de Drogas. Segundo o autor, é ônus da acusação provar a traficância, de modo que se não conseguir fazê-lo, deixando o magistrado em dúvida, deve este decidir em favor do réu. Além disso, o doutrinador também aborda a inovação legislativa da Lei de Drogas quanto ao acréscimo da expressão “circunstâncias sociais e pessoais” do agente, afirmando que seu objetivo era evitar um “[...] juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém”. (NUCCI, 2015, p. 329).

Na mesma linha, Damásio de Jesus (2010) destaca que sendo a prova da acusação controversa, fraca, vacilante, e duvidosa deve-se absolver o acusado. (p. 78)

Luiz Flávio Gomes *et al* (2013) afirmam que existem dois sistemas utilizados para saber se o agente é usuário ou traficante: 1. sistema de quantificação legal (estabelece-se uma quantidade máxima para consumo pessoal e se não ultrapassar esse limite não se configura o tráfico; 2. sistema de reconhecimento judicial ou policial (nesse caso, o juiz e a autoridade policial analisam o caso concreto e decidem se é caso de tráfico ou de uso). Sustentam, ainda, que, na prática, a autoridade policial também fica encarregada de enquadrar a conduta do agente, no momento da prisão em flagrante. Ademais, ponderam os autores que os critérios apresentados pela lei de drogas para descobrir se a droga se destina a consumo pessoal devem ser avaliados em conjunto, não se podendo decidir exclusivamente com base na quantidade de droga, a não ser nas hipóteses de situações inequívocas, de toneladas de droga.

Para Andrey Borges e Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2012), os elementos de distinção entre usuário e traficante elencados no § 2º, do art. 28, da Lei 11.343/06 também devem ser analisados como um todo, isto é, não podem ser considerados isoladamente. Afirmam que, não obstante a pequena quantidade de entorpecente dar indícios de que o agente é usuário, não é recomendável considerá-la como o critério mais relevante, “[...] pois cada vez é mais comum traficantes deambularem com apenas pequenas quantidades de droga, escondendo a droga em outros lugares.” (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 56). Os autores destacam, ainda, que apesar de ser ônus do Ministério Público a prova da traficância, incumbe à defesa afastar os elementos utilizados pelo órgão ministerial para desclassificar a conduta, e que isso se trata de mera distribuição do encargo probatório, e

não de inversão do ônus da prova. Feito isso, se o magistrado ainda tiver dúvida, ele deve desclassificar a conduta.

Salo de Carvalho (2013) relata que os critérios estabelecidos pelo § 2º, art. 28, da Lei 11.343/06 não geram, por si sós, provas suficientes para o enquadramento da conduta. Segundo o autor,

[...] quantidade elevada, acondicionamento em embalagens distintas, antecedentes entre outras inúmeras circunstâncias fáticas podem revelar tanto a situação de mercancia quanto de uso próprio – v.g sujeito preso em flagrante com quantidade elevada de droga, disposta em recipientes distintos gera apenas indício de comércio, não podendo ser descartada, de plano, a hipótese de porte para consumo, visto o fato de poder ter adquirido o produto exatamente nessas condições. (CARVALHO, 2013, p.333)

Essas circunstâncias externas delineadas pelo dispositivo legal são elementos que nada revelam se não forem avaliados junto a dados subjetivos minimamente reveladores (CARVALHO, 2013). Com efeito, “o problema não está [...] nos dados externos da conduta, mas o aspecto cognitivo e volitivo do agir.” (CARVALHO, 2013, p. 333), contudo “essas dificuldades empírico-processuais não podem, de forma alguma, gerar tendências objetificantes cujos efeitos são tornar prescindível (Streck) ou eclástico (Wunderlich) o elemento subjetivo.” (CARVALHO, 2013, p. 332).

2.4 Abordagem policial: a construção da condição de suspeito a partir da influência da política proibicionista de combate às drogas.

O proibicionismo implementado no Brasil reflete diretamente nas atitudes dos policiais perante àqueles que são tidos como suspeitos. A demanda da repressão ao crime de tráfico de drogas acaba por construir uma falsa ideia de que o encarceramento é resposta eficiente ao combate às drogas, influenciando, assim, na decisão do policial ao abordar o suspeito, bem como ao determinar seu encaminhamento à delegacia.

Isso advém da ideia de que a solução do problema limita-se “[...] ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total.” (ZAFFARONI, 2007, p. 17). Além disso, tem-se a demanda de segurança e de proteção, característica típica da sociedade moderna, que acaba por incumbir ao Estado o dever de gerir a sensação de insegurança social (BAUMAN apud WANDERLEY, 2014).

A pesquisa de responsabilidade Professor Evandro C. Piza Duarte, com participação de Mariel Muraro e Marina Lacerda, aprovada pelo Edital no 01/2012 do projeto

Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas” demonstra que os ideais de combate ao crime induzem a associação da questão de eficácia do serviço policial ao encarceramento. Assim, com o objetivo de obter reconhecimento da utilidade de seu trabalho, o miliciano age de forma a sempre obter êxito nas abordagens e nos flagrantes, o que significa, na mentalidade deles, levar o suspeito preso. Adotam-se, pois, “[...] discursos que valorizam moralmente a função da Polícia Militar numa luta do bem contra o mal nas ruas que não precisaria de justificativas avaliadas em termos da relação meio e fim [...]” (DUARTE; MURARO; LACERDA, 2011, p. 20)

Consequência disso é o aumento das revistas pessoais e uma clara inversão na ação policial: primeiro faz-se a abordagem para depois se justificar a suspeição, ao invés de a suspeita justificar o ato policial de abordar. (DUARTE; MURARO; LACERDA, 2011, p.19)

A pesquisa esclarece, ainda, que a falta de controle e supervisão das atividades policiais dá espaço para a ocorrência de discricionariedades e abusos.

A principal justificativa para a seletividade das pessoas abordadas se encontra na capacidade intuitiva do policial que é desenvolvida com a experiência (o chamado tirocínio policial). Outra razão é o estrito cumprimento de ordens e de seu dever legal. Está-se, pois, diante de uma situação em que a valorização do trabalho e sensação de cumprimento do dever perante a sociedade está diretamente associado a quantas pessoas se prende. Com essa visão, os mesmos policiais que abordaram o suspeito vão depor na audiência de instrução, para provar que o réu se trata de um traficante e não de um usuário. A partir daqui, o flagrante passa a ser “[...] a principal fonte de prova para o convencimento judicial em favor do tráfico e, ao mesmo tempo, como fundamento para prisão do acusado durante todo o desenrolar do processo.” (REZENDE, 2011, p.117)

A pesquisa revela que os próprios policiais reconhecem que nas abordagens preponderam os usuários sobre traficantes, contudo, mesmo assim, procuram encaminhar o indivíduo à delegacia. Existe, então, uma ideia de também reprimir o usuário. DUARTE, MURARO e LACERDA explicam que esse fato advém do entendimento majoritário dos policiais que insiste em aproximar o usuário ao futuro traficante, de modo que o encaminhamento do usuário para a delegacia, mesmo que apenas para efeito de registro, é essencial para o combate ao tráfico de entorpecentes. Há também hipóteses em que o policial

entende que o usuário é pior que o traficante. Outrossim, a ação policial em torno do usuário é utilizada, inclusive, como um caminho para se chegar aos traficantes.

Nesse contexto, DUARTE, MURARO e LACERDA criticam o tirocínio policial, afinal se a ação de abordar torna-se uma regra, não se exige, então, precisão e técnica para fazer a abordagem.

A pesquisa mostra que as atitudes dos policiais na abordagem podem ser marcadas por preconceitos de raça e classe, que são camuflados pelo discurso de que o que determina a suspeição é a atitude ao avistar a polícia, linguagem, vestimentas incompatíveis com o local em que se encontram. Não há, pois, nenhum comportamento preciso, nenhuma característica objetiva na percepção do policial que possa caracterizar o suspeito (DUARTE, MURARO e LACERDA, 2011, p. 22). Isto é, existe uma construção social do indivíduo delinquente, um rótulo de quem representa o inimigo para sociedade. Essa rotulação, segundo Alessandro Baratta (2011), pode ter efeito sobre a percepção do indivíduo sobre si mesmo e sobre seu *status* social, de modo a fazer com que ele passe a agir de acordo com o rótulo atribuído a ele (*self-fulfilling prophecy*).

O combate ao tráfico, ao invés de questão de segurança, passa então a ser uma questão de discriminação, situação incompatível com o Estado Democrático de Direito, diante da violação ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88) e a direitos fundamentais, como a privacidade, intimidade e liberdade de locomoção (art. 5º, inciso X, XV, da CF/88), uma vez que o ato coercitivo da abordagem restringe a liberdade do indivíduo.

Esse modo de atuação do policial, que claramente atinge grupos mais vulneráveis à discriminação, não é de hoje. Na verdade, essa situação representa uma continuidade do regime autoritário. O período de transição entre a ditadura militar e o regime democrático (anos 1980 e meados dos anos 1990) foi marcado por insegurança política e crise econômica, cenário que desencadeou não só o aumento da violência como também o medo dela, situação que ensejou a atuação da antiga polícia repressora para solucionar a questão da violência no novo Estado Democrático. Nesse contexto, os discursos policiais eram marcados pela ideia de “classes perigosas” a serem policiadas (ROCHA, 2013).

No mesmo sentido, Sérgio Salomão (2014, p. 46-47) ressalta que:

[...] o uso das forças armadas em operações de combate a organizações criminosas que se dedicam ao comércio varejista de drogas ilegais, corolário do modelo de combate militarizado próprio do paradigma proibicionista, representa opção autoritária de controle social em nome da segurança nacional, própria de regimes ditatoriais.

Observa-se, pois, ser necessária a previsão constitucional para a legitimação da abordagem, uma vez que sua ausência tem evidenciado a banalização da busca pessoal por um modelo de polícia militarizada, que representa um “verdadeiro entulho autoritário” (SHECAIRA, 2014, p. 46), implicando discricionariedade na abordagem policial, que acaba por reproduzir preconceitos e estereótipos sociais, conforme dados da pesquisa já mencionada.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangelli constataam que:

Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...]. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente vulneráveis ao sistema penal, que costuma orientar-se por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado (ZAFFARONI; PERANGELLI, 2011, p.73).

Os direitos fundamentais são “direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado” (HESSE, 2009, p. 36/37) e dão sustentação ao Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual torna-se imprescindível o esforço em dilucidar os aspectos jurídicos concernentes à prática da abordagem à luz da Constituição Federal de 1988.

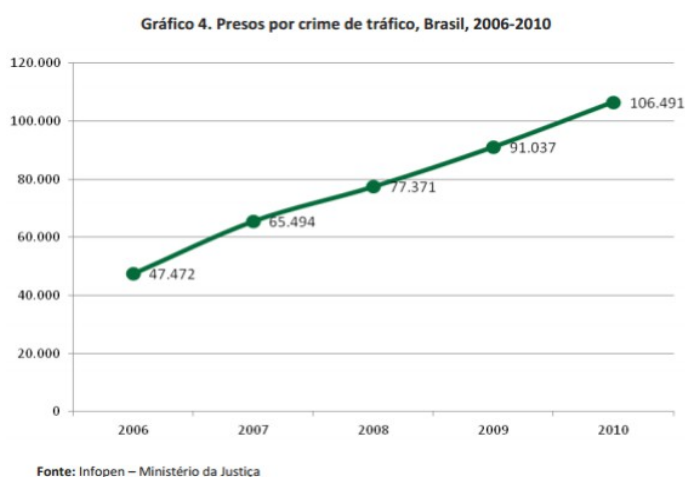
2.5 O encarceramento em massa: estatísticas da população carcerária brasileira submetida à prisão por cometimento de tráfico de drogas.

O encarceramento é visto como a solução mais eficiente para o estabelecimento da ordem, uma vez que reintroduzir o indivíduo na sociedade por meio de políticas públicas de reinserção social representa uma alternativa mais cara. (LOPES JR, 2012). Aury Lopes afirma que essa situação é “[...] uma consequência (penal) do afastamento do Estado do Setor Social, onde um menos Estado-providência necessita de um Estado (mais) penal para conter a decorrente marginalização social.” (2012, p. 79).

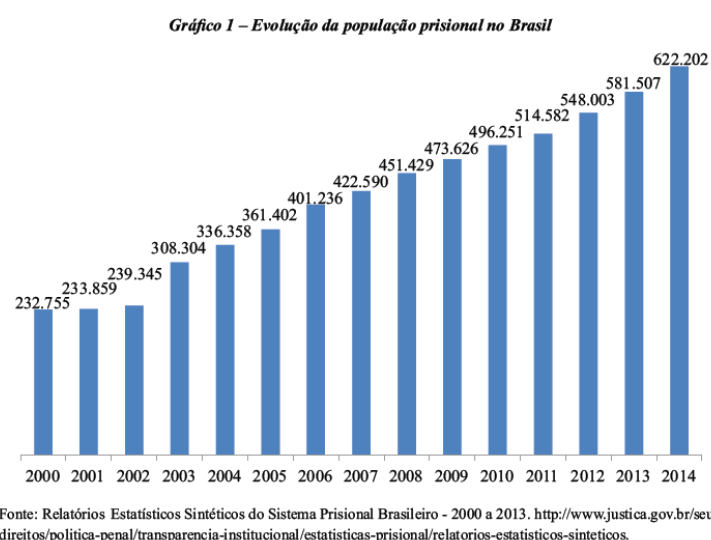
Nesse contexto, a dificuldade de diferenciar usuário de traficante em razão da ausência de um critério objetivo estimula o encarceramento em massa. Prova disso é que em dezembro de 2014, 28% da população carcerária brasileira era formada por pessoas acusadas

por tráfico de entorpecentes¹⁹. Em relação aos menores de idade, verificou-se que os adolescentes submetidos à medida de internação pelo ato infracional análogo ao tráfico representavam 7,5% do total dos internados em 2002. Em 2011 o índice subiu para 26,6%²⁰.

O gráfico abaixo demonstra o crescimento da população carcerária em relação ao crime de tráfico de drogas desde a vigência da Lei nº 11.343/06 até 2010:



Em termos gerais, segundo dados do Infopen de dezembro de 2014, a população do sistema prisional teve um aumento de 167,32%, entre os anos de 2000 e 2014. O gráfico abaixo retrata essa evolução da população carcerária em números:



¹⁹ Dados do Infopen, dez 2014.

²⁰ Triplica parcela de jovens internados por tráfico, Folha de São Paulo, 13/08/2013.

Verifica-se, então, que em dezembro de 2014, 622.202 pessoas estavam encarceradas, contudo nesse mesmo período, o número de vagas do sistema prisional era de 371.884²¹, ou seja, o déficit de vagas correspondia a 250.318. Dados do *International Centre for Prison Studies*²² informam que o Brasil ocupa o 4º lugar²³ no ranking mundial de população carcerária. Importante ressaltar, ainda, que 40,1% da população prisional²⁴ é formada por presos provisórios, isto é, que nem sequer foram condenados. Acrescente-se a isso o fato de que boa parte desses presos poderiam responder ao processo em liberdade²⁵, contudo, argumentos com base na gravidade em abstrato dos crimes dão ensejo à manutenção dos indivíduos no cárcere no decorrer da ação penal²⁶.

Essa situação acompanhada da péssima estrutura dos estabelecimentos prisionais brasileiros e da falta de investimento tem causado a superlotação das penitenciárias, privando os detentos de condições mínimas de dignidade.

Além das condições de saúde e de higiene inadequadas, outros direitos dos apenados são tolhidos, como o direito à progressão de regime. Em razão da falta de vagas em regimes semiaberto ou aberto, alguns juízes de execução vinham mantendo os reeducandos em regime fechado, mesmo depois de terem cumprido os requisitos para a obtenção do benefício da progressão. O Departamento Penitenciário Nacional estima que 32.460 (trinta e dois mil quatrocentos e sessenta) presos estejam cumprindo pena em regime fechado, com direito à progressão, mas aguardando o surgimento de vagas em regime semiaberto²⁷.

As decisões nesse sentido são tão reiteradas que por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a controvérsia em sede de *habeas corpus*. O entendimento da Corte Superior vem sendo sempre no sentido de permitir que o apenado cumpra a pena em regime domiciliar ou aberto até o surgimento de vagas em estabelecimento adequado. Seguem as ementas de alguns casos:

21 Dados do sistema prisional referentes a dez de 2014. Fonte Infopen, dez de 2014; Senasp; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014.

22 Organização não governamental encarregada de acompanhar a evolução dos números de presos em todo o mundo. Mais informações em: <http://www.prisonstudies.org/>

23 Informação corroborada por dados do Infopen de dez de 2014, que mostram o Brasil atrás apenas dos EUA, da Rússia e da China.

24 Fonte: Infopen, dez de 2014.

25 De acordo com a pesquisa “A aplicação de penas e medidas alternativas”, realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica aplicada), 37% dos acusados que responderam ao processo presos não foram condenados à pena privativa de liberdade.

26 Isso ocorre principalmente porque os requisitos para decretação da prisão preventiva – garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal assegurar a aplicação da lei penal (312 do CPP) – dão margem à discricionariedade devido à imprecisão de seus conceitos.

27 Fonte: voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 641.320-RS, p. 2.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. FALTA DE VAGA OU INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL. PACIENTE QUE PERMANECE EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da inexistência ou ausência de vagas em estabelecimento prisional adequado ou, ainda, de sua precariedade, devendo ser, excepcionalmente, permitido ao paciente o cumprimento da pena em prisão domiciliar até o surgimento de vaga. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir ao paciente o desconto de sua reprimenda em prisão domiciliar, sob monitoramento eletrônico, caso persista a inexistência de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais gravoso.

(HC 318.765/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016). (g.n)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO REGIME SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DO APENADO EM REGIME MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DO PRESO PARA REGIME MAIS BENÉFICO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na linha de precedentes desta Corte, constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que o que foi determinado judicialmente. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico. O que é

inadmissível é impor ao apenado, que deve cumprir pena em regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado (precedentes).

III - Ademais, o eg. Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, consignou a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido em condenação penal (RE n. 641.320/RS, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2016, Informativo n. 825/STF).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento adequado ao regime semiaberto ou, persistindo a falta de vaga, para o regime aberto, e na inexistência de vaga no regime menos gravoso, assegurar-lhe, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, sob as cautelas do Juízo das Execuções, salvo se estiver preso por outro motivo.

(HC 359.744/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 14/11/2016) (g.n)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente uma Súmula Vinculante, vedando a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais severo por inexistência de estabelecimento adequado:

SÚMULA VINCULANTE 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Não há dúvidas de que a repressão total não é a solução para o problema. Por mais que a política proibicionista se mostre cada vez mais intensa, não há resultados práticos, isto é, o consumo de drogas e a violência não diminuíram. Com efeito, “A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.” (LOPES JR, 2012, p. 82). Apesar da missão ressocializadora da pena, os dados mostram que no fundo ela é fundada em um falso caráter humanista que na prática fomentam práticas autoritárias e segregacionistas.

Não é à toa que países como Estados Unidos, Rússia e China (que possuem as maiores populações carcerárias do mundo) têm reduzido sua taxa de aprisionamento. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, comparando os anos de 2008 e

2013, os EUA reduziram em 8% essa taxa, a Rússia reduziu em 24% e a China em 9%.²⁸ Diferentemente, o Brasil aumentou sua taxa de aprisionamento em 33%, chegando em 2016 à média de 300 presos para cada 100 mil habitantes²⁹.

Não é difícil concluir que, apesar de o direito penal ser a *ultima ratio*³⁰ para solução dos problemas da política social, o modelo proibicionista de controle sobre as drogas além de ignorar as consequências da repressão ao tráfico, não tem atingido a finalidade para o qual foi instituído (diminuir violência e o uso de entorpecentes).

Nesse contexto, verifica-se novamente que a lei de drogas como um todo carece de validade, uma vez que, segundo o conceito jurídico de validade desenvolvido por Robert Alexy, a validade jurídica da norma está condicionada à eficácia social (ALEXY, 2009).

2.6 Debate no Supremo Tribunal Federal a respeito da descriminalização da conduta de porte para uso próprio – análise dos votos no Recurso Extraordinário nº. 635.659

Antes de iniciar o relato dos votos, apenas a título de informação, importante ressaltar que o julgamento do RE nº 635.659/SP ainda está em andamento, razão pela qual não foram disponibilizados apenas os votos dos ministros Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso (voto oral) e Luiz Edson Fachin.

2.6.1 – Alegações das partes

O recorrente argumenta a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/06, que define o crime de porte/uso de drogas. Aduz que a criminalização da posse de droga para consumo pessoal viola o direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X da Constituição Federal), pois esses direitos protegem o poder de escolha da pessoa, desde que não se ofenda terceiros.

O Ministério Público, por sua vez, afirma que o dispositivo em questão tutela a saúde pública, pois o usuário contribui para a propagação do vício na sociedade.

28 Fonte: Informativo Rede de Justiça Criminal nº 8 :os números da Justiça Criminal no Brasil. Janeiro de 2016, p. 2

29 Fonte: Informativo Rede de Justiça Criminal nº 8 :os números da Justiça Criminal no Brasil. Janeiro de 2016, p 2.

30 Nesse sentido, importante ressaltar que a ideia de aplicação subsidiária do Direito Penal advém do fato de que “[...] a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo.” (ROXIN, ARZT e TIEDEMANN, 2007, p. 8)

2.6.2 – Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

O ministro relator, na análise da constitucionalidade do dispositivo em questão (art. 28, da Lei 11.343/06), constrói um raciocínio no sentido de que é inconstitucional a norma que propõe medidas que não possuem efetividade na proteção do bem jurídico, configurando, pois, “excesso no exercício do poder legiferante”, na medida em que a atuação do legislador está limitada ao princípio da proporcionalidade, que envolve “a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada”.

Em outras palavras, há violação ao princípio da proporcionalidade quando a norma estabelece meios para atingir um determinado fim, mas esses meios são inadequados e ineficientes, impedindo-a de cumprir seu objetivo inicial. Nos termos do voto no RE 635.659 (fl. 6):

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.

Explica o relator que o controle de normas não se restringe à eventual incompatibilidade existente entre o direito ordinário e os princípios constitucionais, abarca também a avaliação da “relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional” (fl. 9).

Pondera o ministro que não se pretende legalizar o uso de drogas de maneira irrestrita, ao revés, a conduta permaneceria proibida, mas seria punida com sanções administrativas, uma vez que ainda devem ser implantadas políticas de redução e prevenção de danos (fl. 15).

O voto aborda a incoerência da política antidrogas em manter o caráter criminoso do usuário, porquanto ela não condiz com os objetivos estabelecidos pelo legislador (reinserção social dos usuários e dependentes). Isso porque, a dificuldade de distinção entre usuário e traficante acaba por classificar a maioria como traficante, acarretando o encarceramento de todos. Além disso, o público que faz uso de substâncias entorpecentes é, na maioria das vezes, muito jovem, o que faz com que o rótulo de criminoso influencie com mais veemência ainda, prejudicando o desenvolvimento da personalidade futura. Atrelado a isso, há, ainda, o aspecto da questão social: pessoas de baixa classe econômica são as mais

atingidas pelo tratamento criminal que se dá ao usuário de drogas, que após serem condenados em um processo criminal sentem dificuldade de “reorganizar suas vidas” (p. 39).

Ao falar sobre a necessidade da incriminação da posse de drogas para consumo pessoal, Gilmar Mendes aponta os dois posicionamentos referentes à (im)prescindibilidade da repressão do consumo de drogas por meio do Direito Penal: de um lado, o argumento de que não há exatamente um bem jurídico a ser tutelado, tendo em vista que a conduta não causaria danos a terceiros, somente ao usuário. De outro lado, a tese de que seria necessária a punição do usuário, porque este colabora com o aumento do perigo abstrato à saúde, bem como com a proliferação de outros crimes (furtos, roubos, homicídios). Tem-se, pois, o conflito entre o interesse individual (liberdade, intimidade e vida privada) e o coletivo (saúde e segurança públicas), e para a resolução deste choque de direitos, o relator propõe (fl. 32 - voto no RE 635659-SP):

Ressalte-se, porém, que a solução não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados.

Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, há de se contemplar as circunstâncias peculiares de cada caso. Disso resulta que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Sendo assim, ao valorar o nível de afetação do interesse coletivo pela conduta do usuário, afirmou que é necessário demonstrar a concreta lesão ao bem jurídico tutelado e que, no caso, a segurança e a saúde pública estão “despidas de suficiente valoração dos riscos”. Para tanto, baseou-se na observação de Hassemer quanto à aplicação do Direito Penal e sua efetividade, que segundo o autor, é baixa, porquanto “[...] a legislação é meramente simbólica: o ganho que dela se pode esperar é menor que a proteção dos bens jurídicos [...]” (p. 34 do voto) Por outro lado, baseado em dados da pesquisa Práticas Integrativas na Aplicação da Lei 11.343/06, relativamente ao estudo realizado em Curitiba, o magistrado relata que quando o usuário era penalizado por meio das medidas utilizadas pelo judiciário (baseadas na imposição de medo), ele voltava a ser processado posteriormente pela prática de outros crimes (furto, roubo, latrocínio), tendo em vista que era o modo que encontravam para manter seu vício. Contudo, quando o jovem era tratado “além de sua condição de réu”, havia uma redução na reiteração criminosa, mostrando, assim, a eficácia de outras medidas para o combate ao uso de entorpecentes.

Discorrendo sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação, o relator afirma que tal garantia é extraída da Constituição Federal, quando esta trata dos direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem e que criminalizar a conduta do usuário violaria esses direitos de maneira desproporcional, porquanto o uso é nocivo apenas para quem consome a droga, não se podendo responsabilizar o usuário pelos danos decorrentes do tráfico causados à sociedade, haja vista que a relação de causa e consequência existente entre a conduta de usar e os malefícios decorrentes do tráfico é muito distante.

Ademais, argumenta que se utilizar do Direito Penal para o controle do uso de drogas não parece ser a medida mais eficaz para o combate ao uso de entorpecente. A um, porque estudos demonstram que o fato de o uso de drogas ser crime tem pouca influência na decisão de consumir ou não o entorpecente. A dois, porque existem medidas administrativas que podem cumprir esse papel de contenção do consumo de maneira mais eficiente.

Com relação à dificuldade de distinção entre traficante e usuário, Gilmar Mendes mostra que outros países possuem parâmetros de quantidade de droga para a caracterização de cada ilícito penal, todavia, a porção de entorpecente varia de acordo com as particularidades de cada país. Dessa forma, propõe também a adoção de critérios objetivos pelo Brasil, baseados em estudos que considerem suas circunstâncias e peculiaridades.

Aborda, ainda, que o alto grau de subjetividade das regras para distinção entre usuário e traficante que a lei 11.343/06 estabelece acaba por acarretar “inadmissível seletividade do sistema penal” (p. 51), que trata com mais rigor pessoas em situação de vulnerabilidade. Para tentar minimizar essa situação, o relator propõe que, ao realizar a prisão em flagrante, dever-se-ia levar o acusado ao juiz, para que este, com maior segurança, distinga o traficante do usuário, até que se estipulem de modo preciso um critério objetivo de distinção.

O magistrado destaca sua preocupação nessa questão probatória em relação à prisão preventiva, que exige para sua decretação prova da materialidade e indício suficiente de autoria, de forma que somente o poder judiciário poderá analisar a finalidade da droga para consumo pessoal, devendo-se afastar o enquadramento jurídico feito pela autoridade policial na situação de flagrante, haja vista que por mais que a palavra do policial mereça crédito, a garantia do devido processo legal exige a avaliação feita por um juiz “neutro e

desinteressado”, e não a de policiais, que são envolvidos no objetivo e “dever” de acabar com a criminalidade.

2.6.3 – O voto do ministro Luís Roberto Barroso (voto oral)

O Ministro Barroso acompanhou o voto do ministro relator, mas com alguns adendos.

Inicialmente destaca que seus argumentos foram baseados na situação do caso concreto, que se tratava da análise do porte de 3g de maconha. A partir disso, ele faz a interpretação constitucional da questão, argumentando mais ou menos no mesmo sentido do ministro Gilmar Mendes.

Ressaltou o conceito de pragmatismo jurídico, que envolve dois elementos: i) contextualização, que implica levar em conta as circunstâncias objetivas da realidade e o ii) consequencialismo que envolve a análise de quais consequências que a eventual decisão vai ter no mundo jurídico. Segundo ele, respeitados os direitos fundamentais, o intérprete deve se utilizar da solução pragmaticamente melhor, isto é, a que produz melhores resultados para o maior número de pessoas.

Relatou também problemas de ordem prática que a criminalização traz à sociedade como o aumento do número de encarcerados e o consequente gasto elevado com a manutenção dos presos. Além disso, informou que os custos são maiores que os benefícios, haja vista a ineficácia do encarceramento no combate ao uso de entorpecentes.

O magistrado comparou os efeitos das políticas de combate ao cigarro (contrapropagandas, debates públicos, advertências) com as de combate ao uso de drogas (repressão e encarceramento), afirmando que o uso de cigarros diminuiu enquanto que o consumo de drogas só aumentou.

Destacou, ainda, o impacto discriminatório que a ausência de um critério objetivo traz, bem como os problemas sociais advindos disso. Segundo ele, a dificuldade de distinção entre usuário e traficante faz com que em bairros nobres, o usuário seja classificado como usuário, enquanto que em bairros humildes, faz com que sejam classificados como traficantes.

Relatou o efeito reverso que a criminalização traz: compromete a saúde pública, em vez de tutelá-la, afinal, o dependente não vai ao hospital porque pode sair de lá “fichado” por ter usado droga, o que acaba o afastando do sistema de saúde. Ao mesmo tempo, narrou

experiências ocorridas em outros países que descriminalizaram o uso de substâncias psicoativas, concluindo que o resultado foi positivo em todos eles (houve diminuição do uso de drogas, redução do número de infectados com o vírus HIV).

Na abordagem jurídica, o ministro citou 4 fundamentos para descriminalização: i) violação intimidade e vida privada, que se manifesta através da imunidade quanto a terceiros e à ingerência do Estado (a menos que um terceiro seja lesionado); ii) violação a autonomia individual, de modo que o Estado não pode invadir a esfera da autonomia das pessoas; iii) violação ao princípio da proporcionalidade, isto é, embora seja legítima, é necessária que a punição seja proporcional (vedação da proibição excessiva); iv) violação ao princípio da lesividade, que estabelece a impossibilidade de sancionar condutas que não interfiram no espaço/direito de outras pessoas. Foram, basicamente, os princípios utilizados pelo ministro Gilmar.

Outro ponto relevante a ser ressaltado do voto do ministro Barroso diz respeito ao aspecto moral que envolve o tema, e a consequente repulsa da sociedade em relação aos usuários de droga. Contudo, o magistrado ressaltou que direito e moral são coisas diferentes, e que esta não poderia ter influência sobre aquele, a ponto de criminalizar uma conduta que não lese outra pessoa a não ser o próprio usuário.

Até aqui, o ministro estava de acordo com o voto do ministro relator, a divergência surgiu somente em relação à necessidade de um critério objetivo para distinção de usuário e traficante – o ministro Barroso entendeu ser imprescindível o estabelecimento de uma quantidade mínima pelo STF até que o legislador atue. As propostas de distinção eram: presunção relativa de quem porte até 25 g é usuário (referência: quantidade utilizada em Portugal). Dessa forma, nada impede que o juiz avalie que 24 g se enquadre num tráfico e que 60 g se enquadre em porte para consumo pessoal. Não se trata de um parâmetro rígido, de modo que o juiz tem o ônus argumentativo de superá-lo. A produção para uso pessoal também precisa de uma referência, razão pela qual o ministro propõe o parâmetro de até 6 plantas fêmeas (referência: quantidade utilizada no Uruguai).

O ministro conclui pela inconstitucionalidade do art. 28, mas somente com relação à maconha.

2.6.4 – O voto do Ministro Luiz Edson Fachin

O voto do ministro Luiz Edson Fachin também foi pelo provimento do Recurso Extraordinário, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei 11.434/06, contudo, fez algumas ressalvas.

Fachin inicia sua argumentação invocando o autor Carlos Santiago Nino, para explicar os motivos pelos quais ainda subsiste a criminalização do porte de droga para uso pessoal, que são: a reprovabilidade moral da conduta (que ele chama de argumento perfeccionista); a necessidade de reprovação, desincentivo e prevenção (que ele chama de argumento paternalista) e a proteção da sociedade, que é afetada pelo ato do indivíduo que usa drogas.

Rebatendo esses argumentos, desenvolve a ideia de que: 1. Não é papel do Estado impor modelo de virtudes nas pessoas, ao revés, deve ser uma escolha do indivíduo; 2. Reprovar a conduta autodestrutiva do usuário não é a maneira mais recomendável de protegê-lo dos males causados pelo consumo de droga, e que a instauração de campanhas educativas de prevenção e criação de políticas públicas que tutelem o usuário são modos mais adequados para esse fim; 3. O direito penal já prevê a repressão das condutas derivadas do uso de drogas, isto é, se o usuário cometer um roubo, será processado por isso. Dessa maneira, vê-se que o uso de entorpecentes, por si só, não causa o dano aos demais cidadãos, de modo que o que merece ser punido é a conduta oriunda do uso.

Sustenta o ministro que o controle de constitucionalidade da norma penal leva em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, o que obsta a atuação do direito penal para a imposição de comportamentos ou valores morais que não configurem lesão a terceiros.

Argumenta a importância da análise da ofensividade do bem jurídico protegido para a avaliação da constitucionalidade da norma. Nessa esteira, legitimar-se-ia a coerção penal somente se houvesse dano efetivo, pois este dano interferiria na autonomia de outras pessoas. Contudo, a posse para consumo pessoal, embora se enquadre do tipo penal, é “condição essencial da pessoa” (p. 7) , não existindo hipótese de penalização da personalidade. Afirma, ainda, que o princípio da ofensividade, embora limite o próprio direito, não vincula à validade da norma a argumentos utilitários.

Em análise da proporcionalidade da aplicação da norma, Fachin aborda, inicialmente, os conceitos de crime de perigo concreto e perigo abstrato, ressaltando que o que legitima a possibilidade de ser punir alguém por algo que não se efetivou concretamente é a ideia de imposição de um dever de cuidado às pessoas. A partir disso, construiu o

entendimento de que a avaliação da proporcionalidade da norma se dá em atenção à “plausibilidade da hipotética imputação feita *ex ante* pelo legislador às condutas de perigo abstrato”. Dessa forma, o controle de constitucionalidade da norma de perigo abstrato não se trata da verificação de potencialidade ofensiva a um determinado bem jurídico, mas sim de “se analisar se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador.” (p.11)

O ministro chega a conclusão de que o usuário é vítima, sendo que é obrigação do Estado fornecer tratamento para superação do seu vício, já que é papel do Estado garantir o direito à saúde, nos termos do art. 196, da CF.

Por fim, Fachin ressalta a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos de quantidade para a diferenciação entre traficante e usuário, contudo, diferentemente do ministro Barroso, afirma que não é papel do Judiciário definir tais parâmetros e sim do Legislativo. Sustenta, ainda, que cabe ao Poder Executivo a elaboração e execução de políticas públicas de combate às drogas, por meio da SENAD (Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas) e do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). Todavia, devido à necessidade imediata de do preenchimento da lacuna normativa, o magistrado defende que esses órgãos do poder executivo (SENAD e CNPCP) devem regulamentar esses parâmetros até que venha a lei.

O ministro votou pela inconstitucionalidade somente do uso de maconha, mantendo a criminalização do uso dos demais entorpecentes.

3. A problemática (da) lei de drogas: estudo dos casos recolhidos em Brasília/DF

Com o objetivo de mostrar como a problemática apresentada no presente estudo reflete na realidade social, far-se-á neste momento uma análise de alguns processos que tramitaram nas Varas de Brasília. Para isso, será utilizado o material colhido na pesquisa de responsabilidade Professor Evandro C. Piza Duarte, aprovada pelo Edital no 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”.

Apesar de a amostra colhida incluir processos de Brasília, Bahia e Curitiba, optou-se por analisar apenas os feitos processados na Capital Federal, em razão da proximidade.

A referida pesquisa analisou processos que tramitaram em juízo comum, sem aplicação do procedimento sumaríssimo, cujos fatos ocorreram posteriormente à vigência da Lei nº 11.343/06 e cujas sentenças foram prolatadas no segundo semestre de 2012, sendo os autos arquivados no mesmo período. Os processos envolvem denunciados por tráfico de drogas ou assemelhado, excluídas as hipóteses de uso ou assemelhado.

Em Brasília, foram colhidos 37 processos. Dessa amostra, os processos nº 2012.01.017407-3, nº 2012.01.1.0043339-9, nº 2012.01.1.008034-5, nº 2012.01.1.080704-4, nº 2012.01.1.078212-7, nº 2012.01.1.085249-4, nº 2010.101.1.159448-2, 2012.01.1.016240-3, nº 2012.01.1.082382-2, nº 2012.01.1.066.839-2, nº 2011.01.1.0011325-2, nº 2012.01.1.186510-7, nº 2009.01.1.108329-4, nº 2012.01.1.100509-2, nº 2011.01.1.117110-3, nº 2008.01.1.103074-9, nº 2011.01.1.094478-9, nº 2012.01.1.030061-6, nº 2011.01.1.186689-9, nº 2011.01.1.1886689-9, 2012.01.1.036174-5, nº 2012.01.1.76613-6, nº 2010.01.1.151661-6, nº 2012.01.1.058530-5, nº 2012.01.1.060055-8, nº 2012.01.1.014167-3, nº 2012.01.1.018776-5 não serão analisados, pois apresentam um arcabouço probatório complexo ou não possuem a condenação (o que inviabiliza a análise). Os quatro primeiros processos envolviam filmagens, que captaram movimentos típicos de mercancia ilícita. O quinto, sexto, sétimo, oitavo e nono processos apresentaram depoimentos de usuários que atestavam ter comprado o entorpecente dos acusados. O décimo tratava-se de pedido de reabilitação. Já os processos nº 2011.01.1.0011325-2 e 2011.01.1.117110-3 não serão estudados, pois os autos foram arquivados por falta de justa causa. Nos processos nº

2012.01.1.186510-7 e nº 2011.01.1.1886689-9, os acusados foram absolvidos e as substâncias apreendidas não se tratavam de entorpecentes. O processo nº 2009.01.1.108329-4 e 2012.01.1.0099566-5 relatam hipóteses de introdução de drogas em presídios. No processo nº 2012.01.1.100509-2, a condenação foi baseada na confissão da ré aliada a outros elementos probatórios. No feito de nº 2008.01.1.103074-9, foi declarada a extinção da punibilidade dos agentes. Os autos de nº 2011.01.1.09.4478-9, nº 2012.01.1.030061-6, nº 2012.01.1.036174-5, nº 2010.01.1.151661-6, 2012.01.1.058530-5, nº 2012.01.1.060055-8, nº 2012.01.1.014167-3, nº 2012.01.1.018776-5 relatam hipótese de absolvição ou desclassificação da conduta por falta de provas. No processo nº 2011.01.1.186689-9, as drogas apreendidas correspondiam a medicamentos e os réus foram absolvidos por falta de provas. O processo nº 2012.01.1.76613-6 está com a sentença incompleta. Por tais razões, não são relevantes para o presente estudo.

Os relatos dos feitos serão divididos de acordo com a Vara em que cada um tramitou.

3.1 1ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

No Processo nº 2012.01.1.0668444-7, a acusada X³¹ foi presa em flagrante, pois trazia consigo 8,98g de crack e R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) em espécie. A ré foi abordada pelos policiais após uma denúncia anônima que indicava a ocorrência de tráfico de entorpecentes no local. Apesar de a ré ser primária, possuidora de bons antecedentes e de ter sido abordada em frente a sua casa, não havendo, portanto, nenhum sinal de traficância, a acusada foi condenada pelo crime de tráfico de drogas, sendo que o principal fundamento do magistrado girou em torno do laudo de exame toxicológico que havia dado negativo:

Apesar de ter dito por ocasião do reinterrogatório que havia um mês que não usava crack, somente o disse após ter sido informada que seu laudo toxicológico resultou negativo para a substância cocaína, consoante fl. 110. Antes de ter ciência de tal prova pericial, a ré havia afirmado que “é usuária de crack desde os 17 anos de idade” e que “alega, ainda, que todo mês compra essa quantidade de droga para fazer uso” e “que faz uso de drogas apenas aos fins de semana, quando vai a festas”; “que fuma quatro vezes no mês”.

Como se pode constatar a afirmação da ré de que é usuária de drogas **não conta com qualquer elemento de prova**, sobretudo no laudo de perícia toxicológica, o qual desmentiu a versão inventada pela ré ara induzir este magistrado em erro a fim de ver sua conduta de traficância ser desclassificada para porte de entorpecentes para consumo pessoal. (p. 153)(g.n)

31 Para garantir a privacidade dos sentenciados, utilizar-se-ão letras do alfabeto para nomeá-los.

Ademais, o juiz sentenciante utilizou os testemunhos dos policiais que abordaram a acusada como prova. Eles afirmavam que no momento da prisão, a denunciada havia falado que vendia drogas para ajudar a família que estava em situação econômica difícil.

Como se pode notar, nenhuma das circunstâncias do art. 28, 2º, da Lei de Drogas (natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente) foi utilizada para formar a convicção do juiz. Até porque todos esses critérios indicam tratar-se de uma usuária. Observa-se, ainda, que o magistrado deixou claro que não havia provas de que se tratava de usuária, o que efetivamente demonstra a tendência de nessas situações de se inverter o ônus da prova: transfere-se à defesa o dever de provar a finalidade do agir do réu.

Ao final, a ré foi condenada pela prática do delito de tráfico de drogas, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, em regime aberto, contudo a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos. Neste ponto, cumpre destacar que apesar de ter sido fixado o regime de cumprimento de pena aberto, bem como ter sido substituída a pena privativa de liberdade, a acusada ficou 3 meses presa provisoriamente.

No Processo nº 2012.01.1047233-8, o réu Y foi condenado pelo crime de tráfico de drogas, pois foi acusado de trazer consigo 23,96 g de maconha e vender a mesma porção a um adolescente pelo valor de R\$ 10,00. A condenação do réu foi respaldada nos testemunhos dos policiais, que afirmaram ter visto o sentenciado repassando um conteúdo a menores de idade, e na declaração de um adolescente (que havia prestado depoimento somente perante os policiais na fase inquisitória), que afirmou que o réu teria vendido droga a três usuários.

Além disso, para afastar a hipótese de que o acusado era usuário, afirmou que a quantidade de droga apreendida não era compatível com a situação de porte para consumo próprio e destacou que o fato de o exame toxicológico ter dado positivo não indica a ocorrência do crime previsto no art. 28, da Lei de Drogas:

Também não merece ser acolhida a tese de que o réu seria mero usuário. **Em que pese o resultado positivo do exame toxicológico de fl. 143, é cediço que essa circunstância analisada individualmente não caracteriza o crime do art. 28 da Lei nº 11.434/06**, sobretudo pelo fato de que a grande maioria dos traficantes também costumam fazer o uso da substância ilícita que vendem, justamente, para sustentar o vício.

[...]

No que se refere à quantidade de droga apreendida com o réu, resalto que não se mostra compatível com a alegação de que seria para consumo próprio, **já que a dose típica de maconha é em torno de 200 miligramas**. Além disso, as demais

circunstâncias fáticas não deixam dúvida de que a intenção do réu era efetivamente difundi-lo junto a usuários no local dos fatos. (p. 219 e 220) (g.n)

Sendo assim, o réu foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, em regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Contudo, havia ficado encarcerado por mais de 3 meses preventivamente.

Dessa decisão, vale ressaltar o fato de que o magistrado singular estabeleceu para si um parâmetro de quantidade de maconha que ele considera “típico de usuário”, sem levar em consideração que um usuário pode, por exemplo, adquirir uma elevada quantidade de droga para poder consumir por mais tempo, sem precisar retornar aos pontos de tráfico (loais de maior probabilidade de ser abordado por policiais). Com efeito, a porção de maconha apreendida nesse caso (23,96 g) está abaixo do referencial de quantidades aceitáveis para posse de maconha em países como Portugal e Espanha³². Como se poder ver, o senso punitivo comum acaba prevalecendo sobre a realidade fática e os fortes indícios de ocorrência do delito de porte para consumo próprio.

Saliente-se que, ao mesmo tempo que o laudo toxicológico serviu como indicativo de traficância no Processo nº 2012.01.1.0668444-7, pois havia dado negativo, aqui, o fato de ter dado positivo não serviu para formar a convicção do juiz em favor do réu.

O Processo 2012.01.1.003509-8 relata uma hipótese em que o acusado Z foi absolvido por falta de elementos que comprovassem a traficância. Apesar de ter sido encontrado portando uma porção de cocaína, de massa bruta correspondente a 42,53g (quantidade significativamente superior àquela dos processos anteriores), o magistrado entendeu que não havia provas suficientes que demonstrassem o comércio ilícito de entorpecentes. Ressaltem-se as circunstâncias em que Z foi abordado: os policiais estavam fazendo patrulhamento de rotina quando avistaram um veículo realizando uma manobra proibida, o que resultou na abordagem. No momento em que os policiais se aproximavam, viram que o acusado havia jogado algo para fora do carro, que, posteriormente, constataram ser uma porção de cocaína. Em sua posse também foram encontrados R\$ 440,00 e três cheques de R\$ 2.500,00. A sentença, basicamente, foi fundamentada na coerência dos depoimentos colhidos que atestavam que Z não sabia da existência da droga, mas, que no

32 Na Espanha, o padrão de quantidade de droga estabelecido para distinguir usuário de traficante é de 100g. Em Portugal, o padrão é 25g. Fonte: Lista elaborada a partir de dados coletados pelo Transnational Institute Colectivo Estudios Drogas y Derecho (CEDD) e pelo European Legal Database on Grugs/ European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction.

momento da abordagem, o adolescente que estava com ele jogou a droga em seu colo e pediu para que se livrasse dela. Confira-se:

Como se vê, não há qualquer dúvida acerca da abordagem e localização das drogas, estando o conjunto probatório harmônico no sentido de que com a visualização da viatura policial, o acusado arremessou do interior do automóvel, o pacote contendo a porção de cocaína.

Por outro lado, acerca da questão atinente a propriedade da substância proscriita, não há nos autos elementos concretos e suficientes, a fim de que seja imputada com convicção ao acusado, pois ele a negou e os dois amigos que com ele se encontravam dentro do carro corroboraram a versão dele no sentido de que a droga pertenciam ao adolescente [...]. (p. 234)

Destaque-se, ainda, que o acusado ficou preso preventivamente por quase três meses, mesmo inexistindo certeza a respeito da propriedade do entorpecente apreendido com ele.

No processo nº 2012.01.1.014184-0, o réu W e Y foram denunciados pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pois transportavam e guardavam sem autorização e em desacordo com determinação legal duas porções de maconha de massa bruta correspondente a 984,66 g. A abordagem ocorreu dentro de um bar. Os policiais estavam fazendo patrulhamento de rotina, quando viram dois indivíduos que, assim que avistaram a viatura, correram para dentro do bar, razão pela qual decidiram revistar todos que ali estavam. Os policiais decidiram revistar também o veículo que estava estacionado perto do bar, momento em que encontraram a porção de maconha. O veículo pertencia a Y. O réu Y foi absolvido por falta de provas, pois todos os depoimentos atestavam que ele não sabia da existência da droga. Contudo, W foi condenado por tráfico, sendo que os principais argumentos para a condenação giraram em torno da quantidade de droga apreendida, do testemunho dos policiais e dos depoimentos conflitantes do réu:

Relativamente a autoria constato que o acusado a assumiu e, não obstante ter oferecido suas versões conflitantes, quais sejam, a de que teria encontrado a droga no mato ou de que teria comprado de um desconhecido pela quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a quantidade de droga, quase um quilo de maconha, fls. 174 e laudo de fls. 172/173 prova o desiderato da difusão, afastando por via de consequência a alegação de uso.

A porção de droga é mais significativa, especialmente quando analisada em cotejo com as demais provas colhidas.

É que [...] fugiu a abordagem inicial, além de ter oferecidas duas versões conflitantes em curto espaço de tempo. Ademais a quantidade de droga foge do padrão simples posse para uso, sobretudo pelo fato de que o réu foi flagrado no início da noite em um bar no Recanto das Emas e a maconha, é cedida, é droga perecível, sendo certo que a quantidade apreendida daria para confeccionar, no mínimo, 100 mil cigarros

da droga, razão pela qual não há falar em absolvição, tampouco em desclassificação da conduta. (p 73)

Verifica-se, ainda, que nem os depoimentos dos policiais indicavam a ocorrência do comércio ilícito, tampouco os depoimentos das demais testemunhas. A ocorrência do tráfico não foi comprovada e, mesmo assim, o acusado W foi condenado à pena de 3 anos de reclusão em regime inicial fechado. O acusado Y, apesar de absolvido, ficou preso preventivamente cerca de 5 (cinco) meses.

3.2 2ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

No feito de nº 2012.01.1.084256-5, K foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pois, segundo a denúncia, ofereceu a duas pessoas e trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 21,13g de maconha. Apesar da pequena quantidade de droga, dos bons antecedentes e de o réu ser primário, houve a condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cujo fundamento se deu em torno de basicamente três pontos: depoimento dos policiais, depoimento de usuários ocorridos na delegacia e no resultado do laudo toxicológico negativo. Veja-se:

Em seu interrogatório, o réu confessou que trazia consigo porções de maconha para venda, alegando que as havia adquirido na Satélite da Estrutural (fls. 123/124). A confissão foi corroborada pelo policial militar [...] que em seu depoimento ouviu do próprio réu a mesma versão por ele dita em juízo (fl. 125). Reforçou ainda o policial que junto ao réu se encontravam dois adolescentes e asseverou que ambos relataram que [...] havia lhes teria oferecido maconha para a venda.

Apesar de [...] não terem sido ouvidos em juízo, ambos disseram na delegacia que o réu lhes teria oferecido maconha de forma onerosa (fls. 7 e 8). Esses depoimentos se encontram em harmonia com as demais provas dos autos.

Registre-se que o laudo de exame toxicológico apontou resultado negativo para o uso de maconha (fl. 95), o que reforça a conclusão de que as porções seriam destinadas a comercialização, pois sequer o réu é usuário de maconha.

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia para condenar [...] como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. (p. 150)

Observa-se aqui, mais uma vez, que o laudo toxicológico negativo foi utilizado como indicativo de traficância. Além disso, depoimentos produzidos somente na fase inquisitória (frise-se, sem observância do contraditório e da ampla defesa), também serviram de respaldo para a condenação. Ressalte-se que o réu era primário e possuidor de bons antecedentes, mas isso não foi utilizado em seu favor para a formação da convicção do juiz.

Ao final, apesar de ter sido condenado a uma pena sem privação de liberdade, ficou preso preventivamente por mais de 4 (quatro) meses.

O processo nº 2012.01.1.029225-3 relata hipótese em que houve desclassificação da conduta pelo próprio Ministério Público. O quadro fático se deu da seguinte forma: um porteiro avistou duas pessoas debaixo de uma árvore, sendo que uma delas estava contando uma grande quantidade de dinheiro. Entendendo ser a atitude suspeita, o porteiro noticiou a polícia que, posteriormente, fez a abordagem das pessoas no local indicado. Foram apreendidos cerca de 34,92 g de crack/cocaína, bem como a quantia de R\$ 750,00. Por essa razão, os acusados A e B foram presos em flagrante. Contudo, às fls. 82-84 dos autos, o Ministério Público entende haver apenas indícios de tráfico e que no desenrolar do processo dificilmente se conseguirá provas mais robustas para a condenação, razão pela qual oficia a desclassificação da imputação ao juiz. O *Parquet* ressalta que “[...] a quantidade de droga apreendida (fl. 13) é mais sugestiva de tráfico do que consumo próprio, mas não é significativa o bastante para falar por si.” (fl. 83).

Na sentença, o juiz, em concordância com o órgão ministerial, afirma que:

Como já dito, não houve investigações prévias, os indiciados não foram vistos em atitude típica de tráfico e não existem nos autos quaisquer outras provas que levem a essa conclusão. Existem apenas meras suspeitas de que estes estariam traficando. Somem-se também o fatos dos laudos toxicológicos dos autuados terem conferido resultado positivo para cocaína – que era exatamente a sustância que portavam no momento da prisão. Assim, a desclassificação delitiva para o tipo previsto no art. 28 da LAD é a medida que se impõe. (p. 158)

Dessa decisão, vale destacar que diferentemente dos magistrados anteriores, este utilizou-se do resultado do laudo toxicológico positivo em favor dos acusados. Acrescentou que apesar de os acusados terem sido pegos com droga e dinheiro, isso não era suficiente para comprovar a traficância. Veja: ao mesmo tempo que tais circunstâncias não foram suficientes para a condenação dos acusados A e B, no Processo nº 2012.01.1047233-8 esses mesmos elementos (quais sejam: quantidade de droga, exame toxicológico positivo, apreensão de dinheiro) serviram de fundamento para afastar a hipótese de uso.

Ressalte-se, ainda, que neste processo, mesmo sem provas de envolvimento em comércio ilegal de drogas, os acusados ficaram encarcerados por 11 (onze) dias, em razão da (indevida) prisão preventiva.

3.3 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

No processo nº 2011.01.1.132369-9, os réus C e D foram flagrados transportando duas porções de maconha, de massa líquida correspondente a 421,51g. Os réus foram abordados no Posto da Polícia Rodoviária, ocasião em que os policiais encontraram a droga no seu veículo. Apesar de ser dono do carro, o réu D foi absolvido, por falta de provas para sua condenação. Já o réu C foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento exclusivo de que a quantidade de droga era incompatível com a situação de porte para consumo próprio. Confira-se:

Cumprе ressaltar que, ao revés da tese defensiva, a quantidade de droga encontrada com o réu é absolutamente incompatível com a condição de simples usuário. É cediço que meros usuários de drogas não costumam adquirir tamanha quantidade de entorpecentes, seja pela maior dificuldade em ocultar a droga, pela possibilidade de deterioração ao ser armazenada por longo período de tempo ou pelo receio de serem confundidos com traficantes.

Nesse particular, dessume-se que os tribunais têm assinalado que as condutas do crime de tráfico de entorpecentes vêm caracterizadas pelo dolo congruente ou congruente simétrico ou *dolus naturalis*, em que nas figuras, por exemplo, de transportar, trazer consigo, guardar, ou ainda de adquirir, não se exige o fim de traficar ou comercializar. Por outro lado, para o crime de porte para uso próprio, a jurisprudência tem exigido a prova robusta do dolo específico da finalidade de uso prescrita no dispositivo legal. (p. 40 e 41)

Aqui, mais uma vez, o fator determinante para a condenação foi a quantidade de drogas. Somado a isso, verifica-se que o magistrado enfatizou o discurso de que não é necessário provar o dolo do comércio ilícito de entorpecente, mas sim a finalidade de uso, repisando a (equivocada) ideia de inversão do ônus da prova.

Embora um dos réus tenha sido absolvido e o outro condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime fechado, todavia com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, ambos ficaram presos cautelarmente: D ficou preso por 6 dias e C ficou recolhido por quase 5 (cinco) meses.

No processo 2012.01.1.000442-9, E foi preso em flagrante, pois trazia consigo 29 pedras de crack, de massa líquida correspondente a 14,59g. A abordagem do réu ocorreu durante um patrulhamento de rotina, sendo que o que motivou a revista do réu foi, segundo o relato do policial, o fato de ele ter demonstrado nervosismo e tentado desviar do caminho. Ainda segundo os testemunhos dos policiais, no momento em que desceram da viatura para efetuar a revista, o réu jogou um objeto em cima da casa vizinha, objeto esse que, posteriormente, constataram ser crack. Apesar de o acusado ter afirmado em seu depoimento que a droga não teria sido arremessada por ele e que poderia ter havido um equívoco por parte dos policiais, o magistrado, avocando o princípio da veracidade e legitimidade dos atos

administrativos, deixou prevalecer os testemunhos dos policiais. A condenação foi fundamentada na quantidade de droga, forma de acondicionamento da substância, nos depoimentos dos policiais e na tese da desnecessidade de comprovação do fim de comercializar:

Nesse sentido, nota-se que os depoimentos prestados pelos policiais, na delegacia e em juízo, que efetuaram a abordagem do acusado são coerentes e demonstram como se desenvolveram os fatos, em claros sinais de que a ação se trata de difusão ilícita de droga. Os depoimentos policiais apreciados em conjunto com os demais elementos de provas produzidos, gozam de presunção de idoneidade para o decreto de uma sentença condenatória.

[...]

Desse modo, entendo que a dinâmica delitiva, a quantidade de droga e sua forma de acondicionamento (dividida em pequenas porções embaladas individualmente em trouxinhas, sendo vinte e nove ao todo, conforme fotografia de fl. 114), os testemunhos dos policiais e as circunstâncias da abordagem impõem o reconhecimento do tráfico, condutas suficientes à configuração do ilícito constante do art. 33 caput, da Lei 11.434/06, tipo penal de conteúdo múltiplo.

Assim a intenção do réu se manifestou quando ele, de forma livre e consciente trazia consigo, para fins de difusão ilícita porções significativas de crack. Como se sabe, o tipo penal descrito na peça acusatória é de ação múltipla, bastando o agente realizar quaisquer das condutas nele descritas para incidir nas penas cominadas a ele, sendo desnecessária a reiteração da comercialização ou da difusão ilícita do entorpecente.

[...]

Nesse particular, deduz-se que os tribunais têm assinalado que as condutas do crime de tráfico de entorpecentes vêm caracterizadas pelo dolo congruente ou congruente simétrico ou *dolus naturalis*, em que nas figuras, por exemplo, de transportar, trazer consigo, guardar, ou ainda de adquirir, não se exige o fim de traficar ou comercializar

Dessa sentença vale destacar que a situação em que o réu foi flagrado não correspondia a ação de comércio ilícito. Contudo, o juiz destacou a desnecessidade de comprovação do dolo de comercializar. A quantidade de droga apreendida (14,59g), que também serviu como fundamento para a condenação, não é incompatível com a situação de usuário, uma vez que a dose de substância (principalmente o crack) consumida varia de acordo com o grau de dependência. Há estudos que demonstram que, em média, o consumo de crack por um usuário é de 5,2g por dia, sendo que mais da metade utilizam a droga todos os dias³³. A porção apreendida poderia, então, ser utilizada em no máximo três dias.

33 A pesquisa desenvolvida por A.C.N. Nassif Filho, S.G. Bettega, S. Lunedo, J.E. Maestri, F. Gortz, na Santa Casa de Misericórdia, em Curitiba/PR, relata que : “Os pacientes viciados em cocaína afirmaram fazer o uso diário de cerca de 3,8 gramas, em média, com variação de 1 a 10 gramas por dia. Todos a utilizavam na forma aspirada e nenhum o fazia endovenosamente ou fumando-a. Em relação à frequência no seu uso, 13 pacientes (81,3%) afirmavam utilizar a cocaína todos os dias, e o restante, três pacientes (18,7%), a utilizavam numa frequência igual ou maior que quatro vezes por semana. A frequência no uso do crack era semelhante: dos 14 pacientes viciados nesta droga, 11 (78,6%) a utilizavam todos os dias e os três pacientes restantes (21,4%) afirmaram utilizá-la numa frequência de cerca de cinco vezes por semana. A quantidade variou de 1 a 15 gramas, sendo, em média, de 5,2 gramas de crack por dia.” (1999, p.1).

Por outro lado, verifica-se novamente que o magistrado deixou de atribuir à acusação o ônus de provar a traficância.

Sentenciado à pena de 2 (dois) anos de reclusão em regime inicial fechado, mas substituída por duas penas restritivas de direito, o réu foi liberado depois quase 5 (cinco) meses preso provisoriamente.

Nos autos de nº 2012.01.1.027141-7, o réu F foi denunciado, pois, segundo a denúncia, vendeu uma porção da crack e 1 porção de maconha, além de trazer consigo uma porção de maconha. Foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado. Segundo o depoimento de policiais que atuaram no flagrante, estavam cumprindo uma diligência no local, quando avistaram um casal em atitude suspeita. Ficaram observando por um tempo, e presenciaram a troca de objetos entre o acusado, a corré (que é menor de idade) e um suposto usuário. Posteriormente, presenciaram F e a corré trocando objetos com outra pessoa, momento em que resolveram realizar a abordagem. Os acusados prestaram depoimento tanto na fase de inquérito, quanto na fase judicial. Na fase inquisitorial, os réus confessaram a venda do entorpecente, contudo, os depoimentos na fase judicial atestaram somente a posse para consumo próprio. Um suposto usuário também prestou declarações perante os policiais, confirmando a compra de drogas pelos acusados, pelo valor de R\$ 5,00.

O juiz, por sua vez, fundamentou a condenação de F, basicamente, em sua confissão feita perante os policiais, na declaração do usuário e da corré, também feita somente perante a autoridade policial, e nos depoimentos dos próprios milicianos:

De outro lado, na ocasião em que foi ouvida na DCA (folha 121), [...] admitiu que teria realizado a venda de porções de drogas na companhia de [...], embora tenha buscado minimizar seu comportamento criminoso, ao assinalar que vendera apenas uma pequena porção de droga que havia comprado para consumir em conjunto com [...], no intuito de auferir lucro com essa atividade. Ora, o que realmente importa nessas declarações é que a menor admitiu a prática do tráfico, crime este praticado em conjunto com o maior [...].

A prova da condição de traficante do acusado também emerge das declarações prestadas pelo usuário [...] (fl. 08), que confirmou, perante a autoridade policial responsável pela elaboração do auto de prisão em flagrante, a compra de uma porção de crack e de outra de maconha do acusado, por R\$ 5,00 (cinco reais).

O que fica claro, assim, é que o réu estava realizando tráfico de drogas na área citada na denúncia, quando foi autuado em flagrante pela polícia, não havendo espaço para se falar em absolvição ou desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas. [...] (p. 171-172)

Sobre a utilização de depoimentos prestados na fase inquérito, observa-se a sentença viola, neste ponto, claramente o art. 155 do Código de Processo Penal prevê que

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Ademais, como debruçado anteriormente no presente trabalho, a idoneidade dos testemunhos dos policiais como prova é questionável, pois eles não são imparciais e muitas vezes demonstram interesse na condenação dos acusados.

Ao final, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, o réu foi solto depois de quase 5 (cinco) meses de prisão preventiva.

O processo nº 2012.01.1.040617-4 relata uma hipótese semelhante à do processo anterior, pois a condenação foi fundamentada, basicamente, no testemunho dos policiais e em depoimentos prestados pelo suposto usuário na fase de inquérito. Ademais, o juiz sentenciante também se utilizou do argumento “vida pregressa do acusado” para basear o decreto condenatório.

Quanto ao contexto fático, narram os autos que os policiais estavam realizando diligência no local, quando avistaram o réu G em atitude “suspeita” consistente em “estar montado em uma bicicleta e debruçado na por de um veículo GM Celta”, momento em que decidiram realizar a abordagem. No veículo encontrava-se H, suposto usuário. Encontraram com o réu duas porções de maconha. O acusado foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, sendo a decisão fundamentada da seguinte forma:

Malgrado o alegado acima, é forçoso concluir que a prova produzida nestes autos não deixa dúvidas acerca da propriedade da droga apreendida, da sua destinação à difusão ilícita, e, ainda, do fato de o acusado ter sido surpreendido, pelos policiais, no exato momento em que vendia entorpecentes no local dos fatos, conforme se verá abaixo.

De início, é necessário salientar que os policiais que participaram da ação que redundou na prisão do réu foram taxativos em dizer que o viram realizar atos típicos de venda de droga como o usuário [...].

A corroborar com as palavras dos policiais, há o depoimento que o usuário [...] prestou perante a autoridade policial, quanto ele detalhou o desenrolar dos acontecimentos no dia do flagrante, ressaltando que, no momento da abordagem policial, já havia negociado a compra de R\$ 5,00 de maconha com o réu.

Ou seja, ao que tudo indica, por se tratar de um ponto conhecido de venda de drogas, não se exclui a possibilidade de que outros traficantes estivessem no local vendendo drogas. Porém, o usuário [...] foi categórico ao afirmar que, na ocasião do flagrante, foi o réu quem lhe ofereceu a maconha.

Tem-se, portanto, que, apesar de lamentavelmente não ter sido repetido em juízo, a versão fornecida pelo usuário [...] merece maior credibilidade do que a apresentada pelo réu, quando confrontada com os demais elementos de prova trazidos aos autos, particularmente os depoimentos policiais.

[...]

Por fim, não se pode olvidar que o réu já é afeito ao submundo do tráfico, eis que ele próprio admitiu, e juízo, que “Já foi preso por envolvimento em tráfico, quando ainda era menor de idade. Por este fato, cumpriu 45 dias de internação no CAJE.” ante o exposto, não se admite falar, no caso em comento, em desclassificação de qualquer espécie, visto que o réu foi flagrado em conduta típica do tráfico ilícito de entorpecentes (vender). (p. 123-124)

Além das questões já levantadas no anteriormente (condenação baseada apenas nos testemunhos de policiais e em depoimentos prestados perante a autoridade policial), verifica-se, ainda, que o magistrado fez uso de uma internação efetuada em desfavor do acusado quando este era adolescente. A celeuma existente em torno da utilização de antecedentes do agente para a aferição da existência de tráfico foi abordada no item 2.1.3 deste trabalho, sendo relevante observar que atos infracionais não podem ser considerados como maus antecedentes, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois não são considerados crimes³⁴.

Conquanto tenha sido condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão em regime inicial fechado e ter sua pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, G passou mais de 4 (quatro) meses encarcerado provisoriamente.

34 HC 363.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016 e HC 72.688/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016)

CONCLUSÃO

Partindo de uma análise do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, o presente trabalho procurou abordar algumas das consequências advindas da falta de critérios objetivos na distinção entre usuário e traficante.

Para a compreensão do contexto sobre a atual política de drogas, foi feita uma abordagem da dimensão histórica do proibicionismo criminalizador. No campo do controle internacional de drogas, observou-se que “[...] o modelo repressivo foi sendo gradualmente reforçado até atingir seu ápice em 1988, com a Convenção das nações unidas, atualmente em vigor.” (RODRIGUES, 2014, p. 249). O Brasil, por sua vez, fortemente influenciado pela política proibicionista internacional, assinou vários tratados e acordos internacionais que, adaptando várias das leis internas, tornou o ordenamento jurídico brasileiro bem mais rígido em relação aos crimes de tráfico e uso de drogas.

Verificou-se também que muito embora o discurso de repressão às drogas tenha motivações morais, a saúde pública tem sido utilizada como objeto de tutela simbólico no sistema penal. Ademais, a política proibicionista tem se mostrado ineficaz, uma vez que o número de presos por tráfico vem aumentando significativamente e a violência decorrente deste crime também. O modelo repressivo além de ter falhado, “[...] direcionou seu poder letal contra segmentos sociais e indivíduos vulneráveis.” (CARVALHO, 2013, p. 453)

Foram apontadas várias inconsistências dos critérios previstos no art. 28, § 2º da Lei nº 11.343/06, demonstrando-se que eles no máximo podem dar indícios da ocorrência do comércio ilícito de entorpecentes, mas nunca darão certeza.

A partir da análise empreendida, percebeu-se que a implementação da política proibicionista ao longo da história aliada ao descuido do legislador em não delimitar objetivamente o tipo penal de tráfico de drogas resultou em práticas arbitrárias tanto por parte do judiciário quanto por parte de policiais, práticas essas que provocaram e ainda provocam danos à sociedade.

Dentre os impactos sociais causados pela ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, o trabalho abordou o encarceramento em massa e a consequente falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, bem como a criminalização seletiva e desigual originada a partir das abordagens policiais. A insegurança

jurídica, em razão da imprevisibilidade das decisões condenatórias, e a consequente violação ao princípio constitucional da igualdade também foram objeto de estudo.

Com o intuito de demonstrar como a problemática apontada no presente estudo reflete na realidade social, foram analisadas 10 (dez) sentenças das amostras de processos utilizadas na pesquisa de responsabilidade Professor Evandro C. Piza Duarte, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”,³⁵ que tramitaram nas Varas de Brasília no ano de 2012.

A análise das decisões evidenciou que as sentenças condenatórias referentes ao crime de tráfico tinham como principais fundamentos a quantidade de droga apreendida (50%), os depoimentos dos policiais (sendo que em todos os casos os depoimentos foram utilizados para formar a convicção do juiz, e em 87,5% serviram como suporte para comprovação da mercancia), o resultado do laudo toxicológico positivo ou negativo (37,5%).

Apesar de na Constituição Federal de 1988 estar consagrado o princípio da presunção da inocência, a prática processual demonstrou que o Poder Judiciário, sob a influência da política proibicionista repressiva, corriqueiramente tem atribuído à defesa o ônus de provar sua inocência, desincumbindo o Ministério Público de seu dever de provar a culpa. O presente estudo mostrou que em 30% dos casos analisados, os juízes defendiam a tese de que cabe à defesa provar a destinação da droga.

Sobre as condenações baseadas na quantidade de drogas (processos nº 2012.01.1047233-8, nº 2012.01.1.014184-0, nº 2011.01.1.132369-9, 2012.01.1.000442-9), observou-se que o próprio magistrado atribuía para si um parâmetro que ele, subjetivamente, considerava tolerável para uso. O resultado do laudo de exame toxicológico, quando positivo, não foi suficiente para afastar a ocorrência da mercancia de entorpecentes no processo nº 2012.01.1047233-8, ao passo que, quando negativo, serviu de fundamento para a condenação por tráfico nos processos nº 2012.01.1.0668444-7 e nº 2012.01.1.084256-5.

Notou-se também que a vida pregressa dos acusados só servia de fundamentação se fosse em prejuízo do réu: enquanto na maioria dos processos analisados os bons antecedentes e a primariedade do réu foram ignorados na hora de formar a convicção do juiz, no processo nº nº 2012.01.1.040617-4 foram utilizados acontecimentos da vida pregressa do

35 Pesquisa aprovada pelo Edital no 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

acusado (sendo que tais acontecimentos nem sequer podiam ser utilizados para motivar a condenação, pois tratava-se de cometimento de ato infracional) para condená-lo.

Constatou-se, ainda, que apesar de a sentença estabelecer penas que permitiam a fixação de regime aberto ou semiaberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em todos os casos avaliados neste trabalho, os acusados ficaram presos preventivamente até a prolação da sentença.

Por essas razões, faz-se necessário repensar a política de drogas no Brasil, de modo a realizar um novo projeto, compatível com os princípios constitucionais da legalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como com os ideais do Estado Democrático de Direito. Para isso, um projeto antiproibicionista representa uma possível alternativa, pois além de reduzir os efeitos perversos que o controle penal de drogas tem causado, abriria um leque de opções para políticas inovadoras de maior eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Tradução: Gernélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALLONI, Rafael. Quantos gramas fazem um traficante? Disponível em <http://jota.uol.com.br/quantos-gramas-fazem-um-traficante>

ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais: Lei 11.343/06. São Paulo. Método, 2007.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

BRASIL, Código de Processo Penal Comentado

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de de 5 outubro de 1988.

CAMPOS, Marcelo; VALENTE, Rodolfo. Boletim, IBCRIM. Outubro/2012.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A Ferida Narcisística do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). A qualidade do tempo: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DUARTE, Evandro Charles Piza et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

Informativo Rede de Justiça Criminal nº 8: os números da Justiça Criminal no Brasil. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>

JESUS, Maria Gorete Marques de, *et al.* Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. 2011.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias IFOPEN Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 9 ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 2012.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2016 comentada artigo por artigo. 3ª ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

NASSIF FILHO, A.C.N. et al. Repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou crack em dependentes de drogas. Rev. Assoc. Med. Bras. [online]. 1999, vol.45, n.3, pp.237-241. ISSN 0104-4230. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42301999000300008>.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza de. Manual de Direito Penal. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Leis Penais e Processuais Comentadas. 11ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLMO, Rosa. Las Drogas y sus Discursos. In: Direito Criminal (05). PIERANGELLI, José Enrique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE JR, Miguel; TORON, Alberto Zacarias; *et al.* Drogas: aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas do Distrito Federal. Tese de doutorado – Pós-Graduação, Universidade de Brasília, 2011.

ROCHA, Alexandre Pereira da. Polícia Violência e Cidadania: o desafio de se construir uma polícia cidadã. In: Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, v. 7, n. 1, 2013.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Disponível em: <http://comunidadesegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao direito penal e ao direito processual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica: a construção da criminalidade do tráfico de drogas nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Lei antidrogas comentada: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TALGATI, Caroline. A transformação da natureza cautelar da prisão preventiva em medida punitiva no crime de tráfico de drogas: uma análise de casos do Distrito Federal. Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2015.

Voto no Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista pessoal preventiva na sociedade de risco. Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição.